

国際的な技術ライセンス規制のあり方に関する一試論（下）

——米国・日本・中国の比較を通して——

張

輝

第一章 序論——課題・目的・前提的スタンス

第一節 課題の提起

第二節 本稿の目的

第三節 前提的スタンス

第二章 技術ライセンス規制に関する予備的概観

第一節 本稿における用語の定義

第二節 技術ライセンス規制に関する具体例

第三節 小括——技術ライセンス規制の特徴

第三章 技術ライセンス規制の米国・日本・中国の比較法的検討

第一節 序説

第二節 米国における技術ライセンス規制（以上前号）

第三節 日本における技術ライセンス規制（以下本号）

第四節 中国における技術ライセンス規制

第五節 特許ライセンス規制の運用における米国・日本・中国の比較

第六節 小括——國際的な技術ライセンス規制に特有な問題

第四章 補論——技術ライセンス規制の法政策論的検討

第一節 法政策論的検討の必要性

第二節 法政策論的検討の法的背景

第三節 法政策論の序言的検討の小括

第五章 結語

第三節 日本における技術ライセンス規制

第一款 序言——独占禁止法の適用除外制度及びその二三条の起源

日本の独占禁止法（一九四七年施行）は、米国の占領政策の一つとして植え付けられたものであり、それまでの日本には存在しなかった独占禁止思想を盛り込んでいた。同法は言うまでもなく、公正かつ自由な競争を促進することにより、国民経済の民主的で健全な発達を図ることを目的としている。

しかし、「ある特別な事業の性質や権利の内容などによつては、その性質上またはその目的からして、一般的な公正かつ自由な競争の促進という基準で律するのでは、必ずしも公共の利益に合致しない場合がある」ので、独占禁止「法と特別の事業、権利などに関する制度との調和を図る」ことが必要となるのである。⁽¹⁾

そこで、独占禁止法自体に適用除外規定を設けるもの、独占禁止法適用除外法によるもの、及び個別的法律によつて適用除外を明記するものという⁽²⁾、三つの類型に分けられる適用除外制度が設けられた。⁽³⁾

その「独占禁止法自体に適用除外規定を設けるもの」の一つとして、知的財産権（特に当時は一般に「無体財産

権」と言っており、具体的には「著作権及び狭義の工業所有権」を指していると思われる⁽⁴⁾の行使と認められる行為には独占禁止法の適用をしないという、いわゆる日本における技術ライセンス規制の法的根拠である、独占禁止法二三条（ほかに二二条、二三条、二四条、二四条の二、三、四）が誕生した。

もともと、適用除外制度の法的性格の理解については学説上様々であるが、今村成和氏によると、同制度は「本来的限界」と「後退的限界」との二つの法的性格を異にする適用除外を含んでいるものであると解されている⁽⁵⁾。本来的限界とは、本来、独占禁止政策の目的に矛盾せず特に適用除外規定を設ける必要もないが、解釈上、誤解を生じないように適用除外規定をおいているものであり、また後退的限界とは、独占禁止政策が後退し、それに代わってカルテルを認める政策が重要視されるようになったことに伴って生じた適用除外のことである。

しかし、独占禁止法二三条が本来的限界の性格を持つか、それとも後退的限界の性格を持つかという点についての議論は、本来的限界の性格を持つ規定であるとの見解が有力に示されてはいるが⁽⁶⁾、後に再整理する諸学説等に述べられているように、現在の時点において言えば、完全に一説に収斂されたとは断言できないところである。

そこで第二款では、ライセンサーが特許ライセンス契約を通じてライセンスに制限条項を課すことへの法的適用を素材にし、特許ライセンス規制が行われるべきであるかどうか、また、行われるべきであるという基本的立場に立った規制が具体的にどのようなものにすべきか、という点に関する学説、法政策などを概観・考察したい。

具体的には、独占禁止法二三条をめぐる法解釈を中心とした諸学説を、「全面的適用除外説」（第一項）、「全面的適用説」（第二項）、及び「確認的適用除外説」（第三項）に分類して、その基本的な考え方や位置づけ及びそれらの問題点等を筆者なりに再整理しごく簡単に考察する⁽⁷⁾。続いて日本公取委によって公表された二つのガイドラインを素材にしてその背景、構成及び基礎となる考え方を概観したい（第三款及び第四款）。

第二款 独占禁止法二三条をめぐる法解釈の諸学説及びその問題点

第一項 全面的適用除外説（創設的適用除外規定説）

全面的適用除外説とは、故豊崎光衛氏を代表とする、創設的適用除外規定説を主とするものである。

これは、ある行為が独占禁止法の規定に違反することが、一定の政策目的に反するために、特に設けられるものであり、当該適用除外によって、ある行為がはじめて独占禁止法違反とされないことになるという意味で、「創設的」適用除外規定説と呼ばれる。

故豊崎光衛氏は、独占禁止法二三条は、同法の競争政策とは相容れない、著作権及び狭義の工業所有権の文化及び産業政策たる公益性に基づいて、知的財産権法に基づく権利の行使を独占禁止法の適用除外と規定したものである、と主張していたのである。⁽⁸⁾

同氏はまた、その理由は、知的財産権そのものはいわゆる法的独占 (legal monopoly) として、独占禁止法の「独占」とはならないことは当然であり、権利者がこれらの権利を行使（実施、使用、利用）すること自体ももちろん問題はない。それは、法律（知的財産権法）が認めた固有の権利内容の実現行為だからである、ということにあると考えている。⁽⁹⁾

同氏は、従って知的財産権「法に基づく権利の行使」と認められる行為の範囲については、知的財産権法上の解釈に委ねるべきであって、独占禁止法上の評価を持ち込むことは許されない。また知的財産権法に認めた権利内容の実現行為は、それが形式的に独占禁止法の法益を侵害するものであっても、独占禁止法上は正当なものとして本法は適用されない、と考えている。

故豊崎光衛氏のこのような考え方は、知的財産権法と独占禁止法の関係を相互矛盾するものと捉え、独占禁止法

二三条は知的財産権法が独占禁止法に全面的に優先するということを明らかにした規定である、⁽¹⁰⁾というものである。

しかし、全面的適用除外説は、確かに文理解釈としては最も素直であると評価できるが、次の二点においては反論されよう。

第一に、知的財産権に認められる「法的独占」は、当該権利技術のみに関する排他権であって、市場全体における競争との関係で概念構成される「独占」あるいは「公正かつ自由な競争」とは、レベルの異なる全く別の概念である。⁽¹¹⁾ある権利技術が、知的財産権の対象として一定の条件の下でその排他権を認められた場合でも、それによって製造された商品に関連する「商品市場」において、また当該技術に関連する「技術市場」において、多くの代替的商品または技術との競争に曝されているかどうかは別問題である。

第二に、全面的適用除外説は、独占禁止法の「解釈論としての結論妥当性」の観点からは極めて問題が大きいものである。⁽¹²⁾例えば、市場支配を企図して市場分割を行ったり、競争制限的合意に基づく共同行為の手段として特許権などの技術ライセンス契約が用いられている場合でも、その技術ライセンス契約自体が特許権などの権利の行使と認められるものであれば、「それが形式的に独占禁止法の法益を侵害するものであっても、独占禁止法上は正當なものとして本法は適用されない」となるのが、到底結論的に独占禁止法の趣旨・目的に適う「妥当な法解釈」とは思えないであろう。

今日では、この全面的適用除外説を採用している研究者は殆どいない。

第二項 全面的適用説（規定不要説）

全面的適用説とは、正田彬氏によって提起された、いわゆる一般財産権・知的財産権同視説のことである。⁽¹³⁾

正田彬氏は、知的財産権は、有体物（民法八五条参照）に関する一般財産権（殊に所有権、以下同）に対応する性格のものであり、一般財産権と同じく競争秩序を構成する前提となる私的権利である。このことから、知的財産権の権利の行使、あるいはそれと関係する行為であっても、当該行為が競争秩序との関係で独占禁止法に違反する行為として位置づけられる場合には、独占禁止法的規制に全面的に適用されることになる、と主張している。

すなわち、これは、知的財産権法に基づく権利の行使という行為であっても、同じく競争秩序の前提を構成するものとしての、一般財産権に基づく権利行使の行為一般と同様に、独占禁止法が全面的に適用されるべきであるという考え方から、独占禁止法二三条は「不必要な規定である」⁽¹⁴⁾、という立場であろう。

正田彬氏の全面的適用説は、前項で述べた全面的適用除外説とはまったく反対に、独占禁止法が知的財産権法に優先するのとらえるものである、と言えよう。

この全面的適用説に対して、同説は「知的財産権法に対する独占禁止法の優位を主張するもので、その限りで独占禁止法制定当時の考え方に近いもの」であり、また「独占禁止政策を推進する立場からは、当然のこととして受け入れやすいもので、結論妥当性の観点からも、法運用の明快さや容易さからも優れているものである」、⁽¹⁵⁾といった肯定的な評価があり、筆者もこの点を強く共感する。

また、独占禁止法二三条の文言は、特許権など知的財産権それ自体でなく、その「権利の行使」を問題にしているので、同説はそれらを区別せずに解釈するのは問題である、という批判があるが、⁽¹⁶⁾筆者は、「権利の行使」を問題にしているとは言え、その権利の行使は知的財産権「法による権利の行使」となっており、もともと知的財産「権の保障と権利行使とは実際に不可分である」⁽¹⁷⁾側面も大きいことから、前述した批判の理由には必ずしも疑問がないとは言えない、と考えている。

ただし、全面的適用説は「有体ではなく情報の形をとらざるをえない知的財産権と市場の関係についての十分な

検討を欠⁽¹⁸⁾」いており、独占禁止法二三条の存在意義を解明するには一般財産権としての同一性に着目するのは問題である、⁽¹⁹⁾という批判に関して言えば、筆者は以下のように考えている。

すなわち、筆者は、どのようにして知的財産権の行使と認めるべきかというレベルにおいて、知的財産権には一般財産権と比べて「質的」に異なる点——知的無形性、重複再生性、相互関連性、潜在価値性、高額換金性などの特質——が存在するという、今までの独占禁止法の議論からは具体的な検討がほとんどなされてこなかったことについては学際的な検討を行うことが必要だ、と主張したい。⁽²⁰⁾

現時点において、全面的適用説は有力な少数説にとどまっていると思われる。

第三項 確認的適用除外説（確認規定説）

確認的適用除外説（又は「確認規定説」という）は独占禁止法二三条の法解釈に関する今日の通説的なものである。これは、知的財産権の「権利の行使と認められる行為」は、理論的に、そもそも独占禁止法には違反していないのであり、独占禁止法二三条はそのことを「確認」するために規定された、と解するものである。

しかし、確認的適用除外説の枠内でも、研究者達のそれぞれの具体的な検討のアプローチや法解釈の理論構成などによつては、様々な議論がなされている。以下では、確認的適用除外説の枠内にある主要なものとして、「押しつけられた独占」説、「本来的行使」説（通説）、不正競争防止説、「適切な報酬」説、を順に概観する。

第一号 「押しつけられた独占」説

「押しつけられた独占」(thrust-upon monopoly)説は渋谷達紀氏によって提起されたものであり、⁽²¹⁾同氏は以下のように主張している。

すなわち、特許権の権利の行使を、自家開発の発明に基づく権利の行使と、自家開発によらない発明に基づく権利の行使とに分けて、まず「権利行使の起源」から考える。前者、自家開発の発明に基づく権利の行使は、市場支配の契機として作用する恐れがある場合であっても、それは「押しつけられた独占」であるがゆえに、これを独占禁止法上問題とする必要はない。しかし、後者、自家開発によらない発明に基づく権利の行使に関しては、場合によつて独占禁止法上問題とする必要がある。

同氏はまた、特許ライセンス契約における制限条項の公正競争阻害性の判断に際しては、知的財産権の内在する競争促進的效果を、実定独占禁止法の解釈に反映させることは實際上不可能である、と指摘している。

この「押しつけられた独占」説に対しては、以下のような問題点があると指摘されており、筆者も特に法解釈の結論妥当性の観点から言えば基本的に同指摘に同感せざるをえないのである。

すなわち、同説は、独占禁止法二三条の「権利の行使と認められる行為」を自己開発した特許発明の集積と自己実施に限定するなどとするが、これは法の文理解釈として不自然である。⁽²²⁾ また、同説は押しつけられた独占であるならば、市場における独占の容認まで認めるというのは、前述した故豊崎光衛氏の説に対して指摘した問題点と類似するように、独占禁止法の趣旨・目的の下では疑問である。⁽²³⁾

第二号 「本来的行使」説

「本来的行使」説は物権的制限・債権的制限区分説、または本来的行使・非本来的行使区分説とも称されるが、知的財産権法それ自体から生ずる権利に基づく制限、すなわち本来的行使（「権利の物権的行使」による制限とも呼ばれる）と、契約から生ずる制限、すなわち非本来的行使（「権利の債権的行使」による制限とも呼ばれる）とに区分して考えることを法的判断の出発点とするものである。

それ故、知的財産権の本来的行使に対しては、原則として独占禁止法は適用されないが、本来的行使でも濫用と評価される場合には、権利の濫用の法理を介して独占禁止法の適用を受ける。また、非本来的行使については直接的に独占禁止法の適用を受ける。

この「本来的行使」説は、かつて有賀美智子氏の見解⁽²⁴⁾を参考にした上で、紋谷暢男氏によって提起されたものである。⁽²⁵⁾その後、根岸哲氏の考え方も、結論的にはこの説に示された伝統的なアプローチを支持し、⁽²⁶⁾具体的に以下のように述べる。

本来的行使とは、「不当な模倣・ただ乗りとなる知的財産権の侵害を排除するための正当な行為」、すなわち「知的財産権法による権利の行使と認められる行為」を意味し、非本来的行使とは、「知的財産権法による権利の行使とは認められず、独占禁止法の適用除外の対象にも入らない、知的財産権の侵害とならない行為を制限する行為」を意味する、と主張する。

さらに、根岸哲氏は特に以下のように同論述を展開してきた。⁽²⁷⁾

すなわち、同氏は、独占禁止法は、知的財産を含むあらゆる領域の公正で自由な競争秩序に係わる「一般法」であるのに対し、知的財産権法は、特に知的財産利用の公正で自由な競争秩序に係る「特別法」であり、両法は、知的財産と製品をめぐる公正かつ自由な競争秩序を確保する上で「相互補完の関係」にあり相互に連動しあう関係にある、ととらえることができるとする。

この「本来的行使」説は今日の通説であると言ってもよいではあるが、同説には以下のような問題点もある、と指摘されている。

第一に、特許法の解釈として本来的行使と非本来的行使の区分が曖昧であり、また法改正によって本来的行使の内容が変わるので、この説は、理論上無益な負担を負うとともに、説得力を失う。これは、独占禁止法の運用を特

許法の解釈、立法に連動させたことによる問題である、⁽²⁸⁾という指摘である。

筆者は、後に行う法政策論的検討を踏まえた認識で、基本的に根岸哲氏の、独占禁止法と知的財産権法とは「相互補完の関係」にあるものである、という考え方を賛成し、必ずしも常に立法までにとは断言し難いが、独占禁止法と知的財産権法との解釈や法政策の策定が連動し合うことになるのはやむを得ないことであるのではないだろうか、と考えている。⁽²⁹⁾

第二に、根岸哲氏によって明確にされた本来の行使と非本来の行使についての「意味」を前提にすれば、結局、独占禁止法二三条の適用除外に該当するかどうかに直接に連なる、本来の行使と非本来の行使とを区分する基準は、「不当な模倣・ただのり」不正な競争手段であるかどうか、というものになるのではないか、と思わせることになる。「これは適用除外となるかどうかの基準ではなく、適用除外とされなかった行為が独占禁止法違反となるかどうかの基準の一つではないか」⁽³⁰⁾と指摘されている。

この点について、筆者も同感であり、本来の行使と非本来の行使とを区分する基準の構築は、知的財産権の特質と市場の関わりとの関係をより十分に考察してはじめて作っていくべきではなからうか、と考えている。

第三に、根岸哲氏の考え方には、知的財産権法と独占禁止法とは異なる理念に立つ法律であることを考慮せずに、「市場」の機能と「独占禁止法」の規制の機能を混同する誤りがある、ということにより、知的財産権法と独占禁止法との関係の類似性を過度に強調しすぎる問題がある、⁽³¹⁾という指摘である。

第三号 不正競争排除説

不正競争排除説は裨貫俊文氏によって主張されているものであり、前述した根岸哲氏の考え方と類似し、知的財産権法と独占禁止法とは、競争秩序の概念を共有して国民経済の発展に寄与するものとして相互補完的に並存して

いる、とのことを前提としたものである、と理解できる。⁽³²⁾

稗貫俊文氏は、知的財産権に対する侵害は市場において不正競争として現れるが、それが発生すれば、知的財産権の権利行使としてこれを排除することができる。独占禁止法二三条は、不正競争の排除行為を知的財産権法による「権利の行使と認められる行為」という言葉でとらえ、そのような行為は独占禁止法の法益侵害とはならず、独占禁止法には適用されない、ということを確認的に宣言しているものである。

本来的行使に該当する制限は、それに違反すれば不正競争となる制限なので、直ちに独占禁止法を適用することは許されない。ただ、関係当事者が本来的行使に該当する行為を専ら競争制限的意図・目的を持って行う場合は、それが「権利の行使と認められる行為」に該当しないものであり、独占禁止法に適用され得ることがある、と同氏は主張している。⁽³³⁾

この不正競争排除説には、次のような問題点があると指摘されている。

第一に、権利の本来的行使と非本来的行使との区別を承認し、そして適用除外の範囲を定めようとする基準が基準たりえるかは疑問である、⁽³⁴⁾という指摘である。これについては、米国にあるような適用除外を判断する分析方法でなく、その適用除外の具体的な範囲を定めようとするその考え方が現実的であるのか、と筆者は指摘したい。

第二に、前項で根岸哲氏の考え方に対する批判と同じく、知的財産権法と独占禁止法との関係認識には問題があり、また、不正競争の排除であっても、独占禁止法違反となりうる場合を行為者の意図、目的で判断するという議論には問題がある、⁽³⁵⁾という指摘である。しかし、これらの指摘がどこまでに当たっているかは議論の余地がないとは言えないのである。

第四号 「適切な報酬」説

この「適切な報酬」説は、最近の試みとして、従来よりの米国の判例などを参考にしたうえで、泉水文雄氏によつてなされたものである。⁽³⁶⁾

まず、同氏は、知的財産権法と独占禁止法との関係を、前述した根岸哲・稗貫俊文両氏の考え方と基本的に同様の理解をした上で、「知的財産権法自体の解釈の中に競争的視点、すなわち行為の社会的コストの視点が当然に内包される」と考える。

次に、同氏は、技術ライセンス契約において、価格制限や地域制限が許されるかどうかについては、知的財産権の行使に係る行為に伴う、競争制限的效果と競争促進的效果とを比較した上で、その行為に独占禁止法の適用の是非を決定する、というように「比較衡量」⁽³⁷⁾がなされるべきであると主張している。

そこで、同氏は具体的に次のように新たな展開を見せている。すなわち、同氏は、「知的財産権の権利の範囲かどうか確定していない行為については、獲得される報酬と、代替的手段との比較を含めた報酬獲得の手段の社会的コストを比較衡量すべきである」というように、適切な報酬ということから比較衡量を展開すべき、と主張している。⁽³⁸⁾

すなわち、同氏は、独占禁止法二三条は、ある行為を知的財産権法上判断する第一審査段階と独占禁止法上判断する第二審査段階という「二段階審査の構造」⁽³⁹⁾になっていると考え、その第一段階の審査において、何が知的財産権の権利濫用となるかの判断について、「適切な報酬」ないしは「報酬獲得手段が最も低いコストであること」であるとの新たな基準を提唱した。換言すれば、「適切な報酬」ではなく外延的に「過大であることが明白である報酬」を得ることが、知的財産権の権利の濫用に当たるという判断になる、ということである。

この「適切な報酬」説に対して、知的財産権法と独占禁止法の「同質性」からその関係を認識すること、静態的効率性の確保の観点から「最適の報酬」を議論すること、及び権利の濫用になるかどうかの判断基準として「報酬の最適性」基準についての解釈上の根拠が示されていないこと、には問題がある、という批判がなされている。⁽⁴⁰⁾

また筆者は、独占禁止法二三条の表現は知的財産権法による「権利の行使に対し」の文言でなく、知的財産権法による権利の行使「と認められる行為には」、換言すれば認められた「知的財産権法による権利の行使には」という文言であることから、同条は「二段階審査の構造」になっていると言えるかはさやかな疑問であるように思われる。

しかし、上の問題点が存在していると認めても、一律的ではなく知的財産権毎にまた知的財産権の行使の方式毎に、多様な子基準的なものの確立をまず検討すべきではないか、という意味において言えば、「適切な報酬」説は有益な刺激を与えるものの一つになりうる、と筆者は肯定的に考える。

第四項 簡単なまとめと私見

第一に、前項まで、現在までの独占禁止法二三条の法解釈に関する諸学説の主なものを、私なりの再整理をしながら簡単な私見を述べてきた。⁽⁴¹⁾ 確かに、具体的にどのようなようにして、独占禁止法の適用除外になる知的財産権法による権利の行使と認められる行為を判定するか、については諸学説の見解が分かれている。

しかし、特許権など知的財産権の行使と見られる行為は、完全に独占禁止法の適用が除外される「聖域」にあるものではなく、かような行為に対しても、場合によっては技術ライセンス規制が行われるべきである、という点に関しては、全面的適用除外説を除けば、基本的にはほぼ一致している、⁽⁴²⁾ と言える。

第二に、独占禁止法二三条は「知的財産権法による権利」に関わる行為を問題の対象としており、知的財産権法

の「存在は深く社会的事実⁽⁴³⁾に根ざすものであつて、また社会的過程によつて変化されるものである」し、「知的財産権は法によつて生まれたものである」といったこととの関連から考えれば、独占禁止法二三条の法解釈論的展開には、知的財産権法及び知的財産権の変遷にまで視野を拡げる必要がある。

これは、赤ん坊が生まれて、それが女か男かを産院に聞くことはできても、その子が社会で何をしてはならないのか、または何をしたら意義をもつのか、を聞くのはお産を扱った病院ではなく、⁽⁴⁴⁾その成長する子のいる「変動している実社会」に問うべきではないか、と似たようなことである、と言えよう。

第三に、技術ライセンス規制の法解釈論的検討のみには限界がある。これは、特許権をはじめとする種々の知的財産権は強弱の程度があつても一般財産権と異なり「産業政策的な要素の強い権利であり、産業「政策的な判断によつて、その要件や効果が決定されるという性質を持つている」⁽⁴⁵⁾ことによつて生じるものである。

従つて、国の産業政策的要素を考慮せざるを得ないことから、知的財産権の法的保護を受ける具体的な内容は、知的財産権法の目的、例えば、「産業の発達のため」に合致する具体的な内包が各時代の要請に応じて決められている、ということに対応するためには、知的財産権法と独占禁止法との共通の土俵であると言える競争政策の平面において、法政策論的検討を加える必要がある。

第三款 技術ライセンス規制に関する法政策論的変遷

既に序章で触れたように、日本の公取委は一九六八年五月に「國際的技術導入契約に関する認定基準」すなわち旧基準を公表し、その二〇年ほど後の一九八九年二月に、旧基準を全面的に変更し、國際・国内を問わずに統一的に論じられるべきものとして、「特許・ノウハウライセンス契約における不公正な取引方法の規制に関する運用基準」すなわち新基準を公表し、技術ライセンス規制の展開に向かつて再スタートした。

第一項 旧規準の構成及びその基礎となる考え方

構成 日本においては、もとより、国際的技術導入契約については、不当な取引制限または不公正な取引方法に該当する事項を内容とする契約の締結を禁止している（独占禁止法六条一項⁽⁴⁶⁾）、旧規準は特にその「不公正な取引方法」規制の規準を明らかにしようとしたものであり（国際的技術導入契約に関する認定基準の公表について（以下「旧基準の公表」という）の一）、具体的に以下の三項目より構成されている。

まず第一項では、「特許権など（特許権と実用新案権を指す、以下同）の権利行使とは認められないもの」であることを前提とし、不公正な取引方法に該当するおそれのある事項のうち、主要なものとして、九種の行為類型が列挙されている。⁽⁴⁷⁾ただし、この列挙は限定列挙ではない（旧基準の公表の二）。

次に、第二項ではノウハウについての規定が定められている。すなわち、「いわゆるノウハウの実施許諾を内容とする国際的契約については、前項の基準を準用する。」というものである。

さらに、第三項では、独占禁止法二三条により適用除外される「特許権などの権利行使と認められるもの」として、五類型が列挙されている。⁽⁴⁸⁾

基本的な考え方 前述した旧基準の内容構成から、その基礎には以下のような考え方があると説かれている。⁽⁴⁹⁾

まず、第一項と第三項に分けられた構成は、前款で述べてきた独占禁止法二三条の法解釈、すなわち特許権など知的財産権の「行使の範囲」に関する解釈論につき、その権利の行使と認められる定型的な行為が存在する、あるいはそれを判定することが可能である、ということを保定的な前提にしていると考えられる。

次に、これを前提にして、特許法など知的財産権法による権利の行使と認められる行為、即ち旧基準第三項に該当するもの、例えば技術ライセンス契約の一種である国際的技術導入契約における、製造・使用・販売などを区分

して実施権を許諾することや、特許方法の使用を一定の技術分野に制限することなど、といった制限条項については、独占禁止法の適用が除外される。

最後に、契約における公正競争阻害性は、競争秩序の阻害程度や競争手段としての不当性の観念によって説明されるのではなく、主として技術ライセンス契約の当事者間の均衡論（「バランス論」ともいう）に立った上で、優越的地位の濫用の観念を中軸にして説明される、と考えられる。⁽⁵⁰⁾

旧基準の時代では、あえて言えば二つの関係事例が挙げられる。一つは株式会社ヤクルト本社に対する件（以下「ヤクルト事件」と略称）であり、もう一つは日本コンクリート工業株式会社ほか五名に対する件（以下「コンクリート事件」と略称）である。⁽⁵¹⁾ そのいずれも国際的な技術ライセンスではなく、国内の技術ライセンスに関わるものである。⁽⁵²⁾

第二項 新規準の構成及びその基礎となる考え方

構成 新規準は、国際的技術導入契約か国際的技術輸出契約かを問わず、また、国際的契約かどうかには拘らず、すなわち、技術取引契約の当事者の国籍などの如何を問わず、「不公正な取引方法」規制の規準の一層の明確化を図ったものである。

新規準では、方法的に、当時においてEC競争法（EC設立条約・ローマ条約、現在EU競争法）と呼ばれるもので用いられている三分法が導入され、⁽⁵³⁾ 以下のような構成がなされている。

すなわち、新基準では、原則として不公正な取引方法に「該当しない」と認められる事項（白条項）、不公正な取引方法に「該当するおそれのある」事項（灰条項）、及び不公正な取引方法に「該当することとなるおそれが強い」事項（黒条項）の三つの類型に分け、それぞれに該当すると考えられる制限条項を具体的に示されている。そ

こで、旧規準と比べて言えば、研究開発の制限など新たに七種の行為類型が追加された。⁽⁵⁴⁾

また、新基準では、ノウハウ（産業上の技術に係るものでかつ秘密性のあるものに限る）についての規定は、旧基準のように特許権などについての規定を「準用する」、というように一言触れる程度に止めず、それと並列の形で具体的に定めている（新基準の第1特許ライセンス契約と第2ノウハウライセンス契約についての詳細な条項参照）。

さらに、新規準は技術ライセンス契約を含む技術取引の契約当事者に対して一層の法的安定性を確保するために、新基準に関する事前相談制度をも導入することとした（新基準の「はじめに」の5、詳細は公取委「特許・ノウハウライセンス契約に係る事前相談制度について」参照）。

基本的な考え方 前述した新基準の法的構成から、その基礎には以下のような考え方があると見られる。

まず、知的財産権の適正な保護を図ることによる競争秩序への影響は、必ずしも「テコの理論（leverage theory）」⁽⁵⁵⁾に代表されるような、競争を減殺するという消極的な結果しかをもたらさないとはいえず、むしろ知的財産権及び技術取引に内在する競争促進的機能によって、積極的な結果をもたらすことも多い。

この技術ライセンスが行われることは競争を促進する効果を有することを正面から承認している、という点が新基準の大前提となっており、⁽⁵⁶⁾独占禁止法と知的財産権法との関係は、「相互補完の関係」にあるものとしてとらえられているのである（新基準の「はじめに」の3）。

次に、新規準は、医薬品、化学、電気などのそれぞれの業種に「特段の正当化事由」というのがありうることに配慮し、従来の当然違法（*per se doctrine*）⁽⁵⁷⁾の考え方を変更した。すなわち、前述した黒条項に属するものであっても、それは不公正な取引方法に該当することとなるおそれが強いだけで、直ちに独占禁止法に違反となるとは言えないとした。

最後に、新基準は、ケース・バイ・ケースの検討が相応しいとし、不公正な取引方法の違法性の要件、すなわち

公正競争阻害性の有無を判断する際には、旧基準の均衡論的な評価を「基本的材料」とするのではなく、公正競争阻害性の有無を判断する際の「一つの材料」として利用する⁽⁵⁸⁾、としている。

新基準の時代では、あえて言えば一つの関係事例がある。これは、特許権の行使と不正な取引方法との関係からではなく、不当な取引制限との関係から独占禁止法上問題となり、新基準が公表された後の初の事例である⁽⁵⁹⁾。

新基準では、製造販売数量の上限を定める最高製造、販売数量の制限については、白、黒、灰色のいずれに該当するかは示されなかったため、最高生産数量等を制限する行為を問題にされた同事例は、独占禁止法上の考え方が明確に示されていない類型の行為、に対する独占禁止法の適用の考え方を示したものである⁽⁶⁰⁾と言えよう。

第三項 簡単なまとめと私見

第一に、具体的にどのようなにして、特許権など知的財産権に関わる行為を知的財産権法による権利の行使として認めるか、という作業においては、旧基準より新基準はそれに漸進した点が多くあると言える。しかし、ソフトウェアライセンスに関する判断基準の作成や、どのようなにして技術の特質に関連して「特段の正当化事由」を類型化していくことなどが残る課題も依然として少なくない。

第二に、必要と思われる法政策論はそれと現実の競争的「規整」⁽⁶¹⁾の法体系との間の整合的な議論の発展はおぼつかなく、また独占禁止法のある基礎概念をどのように理解し直すべきかとの十分な検討が行われてきていない、という「法律論の未発達」に対する批判があり⁽⁶²⁾、技術ライセンス規制の成熟に必要な法的議論のより多角的な展開が待たれているところである。

第三に、新基準は、技術ライセンス規制の問題を国内・国際を問わずに統一的に論じようとしているが、具体的にどのようなにして、「外国から日本市場に及ぼす影響」を把握すべきか、そしてかような制限条項に対して、国際

的な技術的関連市場の画定を適正に行って動態的に総合的な法的判断をすべきか、についての配慮が不十分であることに問題があると指摘できよう。

第四款 技術ライセンス規制の展開の背景

一九六〇年代は日本が戦後の経済回復の時代から成長の時代へと転換を図った。そのために、日本の企業は、戦前の繊維、雑貨などという軽工業から、機械、石油化学、鉄鋼などという重化学工業への産業構造の転換が必要であると認識し、その転換を達成しようという重化学工業化を展開し始めた。⁽⁶³⁾

そこで、「日本の科学技術は技術導入依存型である」とも言われた中で、技術的実力が低かった日本の企業らは厳密に「技術選択」を行った上で、積極的に欧米から「格差・一方的流入型」の技術導入をしてきた。⁽⁶⁴⁾ その際、当時ライセンサーの地位に立つ日本の事業者は、ライセンサーの示した色々な不当な制限条項をやむなく甘受せざるを得ない状況にあった。⁽⁶⁵⁾ 他方、それと同時に国内の技術導入競争は激化し、自由かつ公正な競争秩序に波紋を投げかけた。

このような背景の下で、日本の公取委は日本の経済振興のために、また「取引が実質的な意味において自由であるためには、当事者同士が対等でなければならぬ」という認識もあつて、当時の先進諸国の中で圧倒的に劣位にある日本のライセンサーを保護する考えを含み、⁽⁶⁷⁾ 国際的技術導入契約における不当な制限条項に対し、その監視を強め、またその排除に努めるために、一九六八年に旧規準を公表した。⁽⁶⁸⁾

一九八〇年代、日本は経済大国ないし技術大国の一つになった。日本の企業は欧米から技術を導入し、その技術を最大限に活用するばかりでなく、導入技術をベースにしてその技術の一層高度の改良を行い、数多くの改良技術を創作し続けてきた。⁽⁶⁹⁾ また日本の技術は「綺麗な切り花」でなく、⁽⁷⁰⁾ 主として製造技術の開発段階における数々の革

新を成功させた。さらに、ハイテクの分野における技術水準は今日、米国と並んで最先端に位置していると評価されるようになった。⁽⁷¹⁾

そこで、多くの日本の企業は昔のライセンシーからライセンサーへと転身し、日米間などの技術的・経済的な関係は師徒関係から兄弟関係に転換し、そして、本格的な国際的技術輸出を行い始めた。

特に、技術革新の多角化や経済の横に広がるグローバル化によって、日本企業の国際的技術輸出は益々増えて行く（又は増えて行くべき）であろうと、またそれに伴い技術ライセンス契約を含む国際的技術輸出契約の重要性が一層増加してくるであろうと予想され、⁽⁷²⁾ 現代的競争秩序の形成が要請されることとなっている。

このような背景の中で、日本において技術取引の占める割合が高まってきたことに鑑み（新基準の「はじめに」の2）、日本の多くの企業はライセンサーとなったことから、⁽⁷³⁾ 公取委は、旧基準の公表した後の著しい状況の変化を踏まえて、旧基準を全面的に改正し、一九八九年に新基準を公表した。

従って、日本においても、技術ライセンス規制の法政策的な変遷はやはり日本のその時代の社会的な技術的・経済的実態に起因するものである、と言えよう。

第四節 中国における技術ライセンス規制

第一款 序 言

中国では、「新中国」と言われる「毛澤東の時代」の始まりから、特許制度（原語「專利制度」）は確立されてきたが、⁽⁷⁴⁾ 日本の独占禁止法のような法律が（もとより制定する必要がある）制定されていないため、同法二三条のような適用除外規定は勿論存在しないし、技術ライセンス規制の形成及び展開についても、競争法制や競争政策との関連からの議論はつい最近までに行われていなかった。

これは、周知のように、新中国は旧「蘇聯モデル」を倣って、高度に中央集権的な経済管理システム、いわゆる「計画経済」の体制を確立したことにより、一九七八年に至るまでは、社会・経済生活において、市場経済の体制を確立した社会に見られる競争自体が基本的に存在しなかった、ということによるものである。

一九七八年、中国共産党第一期中央委員会第三回全体会議は、経済改革を推進し、対内的には経済を活性化し、対外的には開放政策を進める政策を決定し、市場経済のやり方をも導入して社会主義の商品経済の発展を期することとした。これによって、「経済関係法」(原語「⁽⁷⁵⁾経済法」)を中心とする現代的中国法の整備が広範に行われはじめ、そこで競争法を制定する動きも現れた。

そして、特に一九九二年一〇月に、中国は「国は計画経済を実行する」と定めていた中国憲法一五条を「国は社会主義市場経済を実行し、経済立法を強化する」と改正したため、本格的に市場機構を確立するために、「中国反不正当竞争法」を代表とする競争法制の整備を行いはじめた。⁽⁷⁶⁾

そこで、中国の技術ライセンス規制の展開に関しては、従来の専ら中国の国家利益や中国のライセンスの保護などを主張する議論のほか、まだ極めて少ないものではあるが、競争法制や競争政策との関連からの議論も見られ始めているところである(後述第三款第三項参照)。

中国の技術ライセンス規制の展開は、今まで述べてきた米国や日本の技術ライセンス規制の展開に比べれば、関係規定の表現からは「日本の旧基準などと共通する部分が多い」⁽⁷⁷⁾と言えるかもしれないが、実際上は理論的にも実務的にも日本のそれとは異なる点も多くあり、まだまだ発展途上にあるものとししか認めざるをえず、今日こそ、転換していくところにあると思われる。

そこで以下では、まず、中国における技術ライセンス規制の法的構成を紹介し(第二款)、次に、同規制に関する基本的考え方を概観する(第三款)。そして最後に、それらの背景について考察することにした(第四款)。

第二款 技術ライセンス規制の法的構成

第一項 技術ライセンス規制に係る法律・法規

中国における技術ライセンス規制を把握するためには、まず同規制に係る主な法律などを時間の順に概観しておくのが有益である。⁽⁷⁸⁾これは、中国における技術ライセンス規制も、実際上は中国の知的財産権法（原語は「知識財産権法」、経済関係法及び国際取引法などとの関連の中で展開されるものであり、具体的な法律などの目的や内容は時代の流れの反映でもあると言えるからである。

では、一九七九年七月一日に「中国中外合弁企業法」（原語は「中国中外合資経営企業法」）が成立し同月八日に施行された後、一九八三年九月二〇日に、同法の施行規則が公布・施行されたのである。そこで、中国は初めて法律で「外国の合弁者は工業所有権と専有技術とを資本として出資すること（原語は「作価出資」）ができる」（同法施行規則二五条）と明言した。

一九八二年八月二三日に「中国商標法」（原語同）が成立し、そして一九八三年三月一日に施行された後、一九九三年二月二二日に法改正が行われ、同年七月一日に施行された。そこで、商標権者は商標ライセンスをすることができる、と定めている（現行法二六条）。また、一九八八年一月一三日に施行された同法の施行規則も改正が行われ、一九九三年七月二八日に施行された。

一九八四年三月一二日に「中国特許法」（原語は「中国専利法」⁽⁷⁹⁾）が成立し、一九八五年四月一日に施行された後、一九九二年九月四日に改正・施行された。また、一九八五年一月一九日に同法の施行細則が公布され同年四月一日に施行された後、一九九二年一月一二日に改正され一九九三年一月一日に施行された。

そこでは、特許権者は書面を持って特許ライセンスをすることができ（現行法一〇条、一二条）、また特許ライセ

ンス契約は契約発行の日から三ヶ月内に中国特許局（原語は「中国專利局」）に届け出なければならない（現行施行細則一三条）、とされている。

一九八五年三月二日に、「中国涉外經濟契約法」（原語は「中国涉外經濟合同法」）が成立し、そして一九八五年七月一日に施行された。同法の適用範囲は、中国の企業などと外国の企業などとの間に締結される、国際的運送契約を除く涉外的經濟契約である（同法二条）。そこで、後述するように、国際的技術ライセンス契約も勿論その涉外的經濟契約に含まれている。

一九八五年五月二四日に、中国の国際的な技術ライセンスに対する規制の主体となる部分として、「中国技術導入契約管理令」（原語は「中国技術引進合同管理条例」、以下、「管理令」をいう⁽⁸⁰⁾）が公布・施行された。同管理令五条は、国際的技術導入契約の締結は中国涉外經濟契約法とその他の法の関係規定を遵守すべきである、と定めている。また、一九八八年一月三〇日に「中国技術導入契約管理令施行規則」（以下「管理令施行規則」を言う）を公布・実施された（後述第二項参照）。

一九八七年六月二三日に、「中国技術契約法」（原語は「中国技術合同法」）が成立し、一九八七年十一月一日に施行された。同法は、現代中国の法律のレベルにおいて初めて「市場秩序」という用語を用い、中国国内の技術ライセンスに対する規制の基本的な内容を持ち込んで定めてある（後述第三項参照）。また、一九八九年三月一五日に同法の詳細な施行規則が施行された。

その後、一九九〇年九月七日に「中国著作権法」（原語は同、著作権ライセンスについては同法一〇条五項）が成立し、一九九一年六月一日に施行された。また、一九九一年五月二四日に「中国コンピュータソフトウェア保護令」（原語は「中国計算機軟件保護条例」、ソフトウェアライセンスについては同保護令九条四項）が成立し、同年一〇月一日に施行された。

さらに、一九九四年五月一二日に「中国対外貿易法」(原語は同)⁽⁸¹⁾が成立し同年七月一日に施行された(後述第三款第三項参照)。

第二項 國際的な技術ライセンス規制の法的構成

中国における國際的な技術ライセンス規制の法的構成は、一九九四年中国対外貿易法が成立・施行されるまでに、外形的に、米国や日本のそれとは異なっており、基本的に「中国技術導入契約管理令」という単独立法の形となっている⁽⁸²⁾。法規名の通り、管理令は國際的技術導入契約のみを規制対象にするものであり、國際的技術輸出契約には規制しないものである⁽⁸³⁾。

管理令は全部で一三条よりなっており、その法的性格は日本の新旧基準と違って、事務的なガイドラインではなく法的拘束力を有する国家の行政法規である⁽⁸⁴⁾。同管理令は、「更なる外国との経済・技術の協力関係を拡大し、わが国の科学技術水準を高めて国民経済の発展を促進する」ことを目的としている(管理令一条)。

管理令の具体的内容は、日本の旧規準などと共通した部分が多い、とも言われているが、実際には現代中国法の構造的整合性の問題による原因をも含めて異なる点が多いのである⁽⁸⁵⁾。本稿の課題との関連から最も重要なのは、同管理令九条の柱書において定められたものである。

管理令九条は、「ライセンスはライセンスに不当な制限的要求(原語は「不合理的制限性要求」)を強要してはならない」と定めた上で、特別の許可なくして「契約に含めることはできない」と定めている、禁止されるべき代表的な制限条項(原語は「限制性條款」)の九項目を具体的に列挙した。この九項目とは以下のようものである。

①ライセンスに技術導入とは無関係な付帯条件を受け入れるように求めること(これには不必要な技術と技術サービス、原材料、設備、または製品の購入を含む)。

- ② ライセンシーが異なる供給源から自由に選択して原材料、部品または設備を購入することを制限すること、
- ③ ライセンシーが導入した技術をさらに開発し、及び改良することを制限すること、
- ④ ライセンシーが他の供給源から類似した技術またはこれと競合する同種の技術を取得することを制限すること、

⑤ ライセンサーとライセンシーとの双方の改良技術を交換する条件が対等でないこと、

⑥ ライセンシーが導入した技術を利用して生産する製品の数量、品種、または販売価格を制限すること、

⑦ ライセンシーの販売ルートまたは輸出市場を不当に制限すること、

⑧ ライセンシーが契約期間満了後に、導入した技術を引き続き使用することを禁止すること、

⑨ ライセンシーに使用していない特許または効力を失った特許について報酬を支払いまたは義務を負うように要求すること、というものである。⁽⁸⁶⁾

このように、管理令は中国における初の国際的な技術ライセンス規制であって、試行的な性格をも有しているように思われる（中国対外貿易法については本節第三款第三項参照）。

第三項 国内の技術ライセンス規制の法的構成

前述したように、一九八七年六月二三日に、「中国技術契約法」が成立し、そして一九八七年十一月一日に同法が施行された。同法は「中国における科学技術法の基本的法律の一つ」⁽⁸⁷⁾として、七章一三四条よりなっている。

すなわち、同法は、総則（第一章）、技術契約の締結、履行、変更及び解除（第二章）、技術開発契約（第三章）、技術移転契約（第四章）、技術諮詢契約と技術サービス契約（第五章）、技術契約の係争に関する仲裁と訴訟（第六章）、附則（第七章）、というように構成されており、中国国内の技術ライセンスのみに関するものではなく、より

広い技術関係の契約に関するものである。

そこでここで、本稿の課題との関連からいうと、同法の第一章、第二章、及び第四章などの部分での関係規定が、実質的に中国国内の技術ライセンス規制の法的機能を果たしているように思われる。

まず第一章では、中国技術契約法は「技術取引契約の当事者の法的権益を保障し、技術市場の秩序を維持することなどを目的とする」（同法一条）、と定められている。次に第二章では、「技術の進歩を阻害する不法な技術の独占（原語は「非法壟断技術」）をする契約は無効なものとなる」（同法二一条の二）、とされている。

そして第四章では、「技術移転契約は契約当事者間の特許権移転、特許申請権移転、特許ライセンス、非特許技術移転についての契約である」（同法三四条）とされ、同法の施行規則では、さらに、「特許ライセンス契約は排他的ライセンス契約（原語は「独占实施许可合同」）や非排他的ライセンス契約（原語「排他实施许可合同」、また通常ライセンス契約（原語は「普通实施许可合同」）などの方式をとることができる」（施行規則六九条⁽⁸⁸⁾）、と具体的に定められている。

そこで、「技術ライセンスを含む技術移転契約において、ライセンサーとライセンシーとが特許権などの実施範囲（期限、地域、方式）を制限する条項を締結することができる。しかし、その制限条項を持って、技術の競争と技術の進歩とを制限してはならない」（同法三五条⁽⁸⁹⁾）、と定められていることが注目されよう。

このように、中国国内の技術ライセンス規制は、基本的に以上のように構成されていると理解してもよいであり、前項で述べた国際的な技術ライセンス規制に比べれば、市場秩序の維持や不当な競争行為の禁止なども規制の目的としているのが特徴であると言えるよう。

第三款 技術ライセンス規制に関する考え方

既に本節の冒頭で述べたように、中国法において日本の独占禁止法二三条のような規定がないこと、また、中国は本格的に「社会主義的な市場経済体制」に転換しようとして起動したのは一九九〇年代に入ってからであることから、最近までは競争法または競争政策の中であるいはそれとの関連から技術ライセンス規制を議論するものが殆どなかったのである。

以下では、中国において理論化されたとはまだ言い難い現在までの法的議論に触れながら、三つの時期に分けて中国における技術ライセンス規制に関する、基本的な考え方と思われるものを簡単に見ていきたい。

第一項 規制の制定される前の時期

既に第一款で述べたように、中国は一九七八年から改革・開放の政策を国策として実行したため、技術を含む外国資本の導入が全面的に始まった。この時期、中国の技術ライセンス規制はまだ制定されていないが、それに関連する法的議論は少ないながらも既に始まった。

この時期の法的議論は、発展途上国の強い意志を反映していると思われる「新国際経済秩序の樹立に関する宣言」、ならびに同「行動計画」及び「国家の経済的権利義務憲章」が、一九七四年について国連の第六、第二九の総会で採択されたこともあって、それらと、先進国に限らず発展途上国を含む外国の技術ライセンス規制とについての紹介が多く、それを中心に展開されていた。⁽⁹⁰⁾

そこで、始めて直接に重要な提言としてなされそして評価されたのは、董世忠氏の論文によるものであった。⁽⁹¹⁾まさにこれは、この時期の法的議論の代表的なものであると言える。

同氏は、ブラジル、メキシコ、米国、旧西ドイツ、日本、インド等の技術ライセンス規制の関係規定を簡単に紹介しながら、中国の政府と企業に対し、中国の技術ライセンス規制がまだ制定されず従うべき法律が存在しない状況の中で、外国の技術を導入しようとする際に、特に六つの制限条項が技術導入契約（中国語「技術引進合同」）に含まれてはならない、と忠告したのである。⁽⁹²⁾

この六つの制限条項とは、①改良技術の使用への制限条項、②輸出市場の制限条項、③契約期間満了後の導入した技術の使用を禁止する制限条項、④他の供給源から類似した技術またはこれと競合する同種の技術の取得への制限条項、⑤抱き合わせとしての特許製品・原材料・部品の品質制限条項、⑥強要的に契約の準拠法を第三国法にする制限条項、である。⁽⁹³⁾

この時期の中国は、完全な計画経済の体制から「計画を主とする商品経済の体制」（原語は「有計画的商品経済体制」）への模索期に入ったが、一般的な競争法的政策論さへまだ始まっていなかったことから、技術ライセンス規制に連なる法的議論は専ら中国の国家利益やライセンスの保護などが中心であった。⁽⁹⁴⁾ これは、この時期の同規制に関する基本的考え方でもあると言えよう。

第二項 規制の制定された後の時期——一九八〇年代

既に第二款で述べたように、中国は、一九八五年五月二四日に、国際的技術導入契約のみを対象に、初の技術ライセンス規制としての管理令を公布・施行し、その管理令をより明確化するために、一九八八年一月三〇日に管理令施行規則を公布・施行した。そして、管理令を施行した後は、また、一九八七年一月に中国国内の技術取引契約を対象に中国技術契約法をも公布・実施した。

これによって、中国の技術ライセンス規制についての法的構成や基本的な考え方が明示された、と言えよう。す

なわち、中国の技術ライセンス規制は、①国際的技術ライセンス規制としての、国際的技術取引を規制対象とする管理令及びその施行規則と、②国内的技術ライセンス規制としての、国内技術取引を規制対象とする中国技術契約法とによって構成されている。

そこで、国際的技術ライセンス規制は、①「更なる外国との経済・技術の協力関係を拡大し、わが国の科学技術水準を高めて国民経済の発展を促進する」ことを目的としており（同管理令一条）、②技術ライセンス契約における制限条項に対しては場合によって、特に列举された九項目の代表的な制限条項に対しては原則的にこれを禁止し、③如何なる場合にかような制限条項が適法となりうるかの最終的な判断は、ケース・バイ・ケースによって法的判断⁽⁹⁵⁾を行う、としている。

こうしたことから、国際的技術ライセンス規制は、基本的に管理令の公布される前の時期にあつた議論に比べれば変わりがなく、国家利益やライセンスシーの保護などを中心とする、との考え方を示した、と言える。

これに対し、国内の技術ライセンス規制は、「技術取引契約の当事者の法的權益を保障し、技術市場の秩序を維持する」ことを目的としており（同法一条）、技術の進歩を阻害する不法な技術の独占（原語は「非法壟断技術」）をする契約は無効なものとなるとし（同法二二条の二）、またライセンサーとライセンスシーとが特許などのライセンス範囲を制限することができ、それを持つて市場における技術の競争や進歩を制限してはならない（同法三五条）としている。

このような規定から、国内の技術ライセンス規制は、不法な技術の独占や不当な競争行為を禁止し、技術市場の秩序を維持する、という競争法的評価をも採り入れて展開していく、⁽⁹⁶⁾との考え方を示した、と理解できよう。

結局中国においては、一九九四年中国対外貿易法が成立・施行されるまでに、国際的技術ライセンス規制と国内の技術ライセンス規制とは、それぞれの法目的が異なり考え方も相当異なっている、というように思われる。

しかし、国際的な技術ライセンス規制に禁止されている代表的な制限条項の九項目が、その⑦を除いてからは全部国内の技術ライセンス規制に禁止される制限条項に該当すべき、との規制の具体的な内容をめぐる法的議論⁽⁹⁷⁾から言えば、必ずしもそれほどの差異が存在するとは思えない。この意味で、中国技術ライセンス規制の実務的な展開を見守っていくのが必要となろう。

第三項 規制の制定された後の時期——一九九〇年代

今日、中国は社会主義的市場経済体制に転換しようとして急展開しており、市場経済の根本を成している競争原理を本格的導入しつつある。そこで、社会主義的競争秩序を模索しそしてそれを形成していくことが必要かつ重要である、とする法的議論がしばしばなされている。⁽⁹⁸⁾

特に、特許法と競争法との関係についての議論も見始められ、「中国競争法の整備においては、特許技術による不当な競争及び独占の防止を、その競争法の重点内容の一つにすべきである」、とも指摘されている。⁽⁹⁹⁾ 前項で述べた国内の技術ライセンス規制の基本的な考え方が一層強められていると言える。

また、一九九三年に成立し施行された中国競争法の後、一九九四年五月一二日に、中国対外貿易法が成立したことによって、国際的技術ライセンス規制としての管理令の改正または運用への影響が生じてきた。これは、中国対外貿易法は中国の対外貿易関係法制の中の基本法的なものであり、⁽¹⁰⁰⁾ 同法は実質的に、中国対外貿易「分野」について他の法律に優越する性格を持ち、他の法律がこれに誘導されるという関係にある⁽¹⁰¹⁾ というように考えられるからである。⁽¹⁰²⁾

では、中国対外貿易法はどのような内容となっているのであろうか。

まず、同法は「対外通商を発展し、対外貿易の秩序を維持し、社会主義的市場経済の健全な発展を促進する」こ

とを制定目的とした上で（同法一条）、中国対外貿易関係法制において初めて「国は法に基づき公平また自由な対外貿易秩序を維持する」と定めている（同法四条）。よって、中国対外貿易関係法制においても「公平な競争」⁽¹⁰³⁾を保護するという原則を確立されたと言える。

また中国対外貿易法は、「対外貿易事業者は対外貿易事業活動の中で、法に基づき経営し、公平な競争をすべきであ」り、「公平な競争を阻害する行為があつてはならない」と定めた（同法二七条）。この「あつてはならない行為」については具体的に五つの行為類型が規定されており、本稿と最も関連しているのは、「不当な競争手段を用いて競争事業者（原語は「競争對手」）を排除する」という行為である（同法二七条三項）。

中国対外貿易法は国内法であり、その規制対象は同法九条に従って成立した対外貿易事業者である。そこで、中国の事業者と外国の事業者との間に締結された技術導入契約は中国の主管機関の審査・批准が必要とされているので、⁽¹⁰⁴⁾実質的には、その契約における外国のライセンサーからの「不当な競争手段」としての制限条項も、中国の主管機関の審査に含まれることとなる場合もある。

このように、中国対外貿易法はそれに色々な問題点があるとは言え、初めて競争法的考え方を評価し、それを法をもって確立したことには大きな意義があると評価できよう。また、前述した、中国対外貿易法は中国対外貿易関係の基本的なものであることから、それによつて管理令の改正または運用への影響は生じてくるはずであろうと予想される。⁽¹⁰⁵⁾しかし、現時点で管理令の考え方が実質的に依然として主導的であるとも考えられよう。

第四款 技術ライセンス規制の展開の背景

先に結論的に言うと、今まで行ってきた米国と日本とのそれらに比べ、同じく社会的な技術的・経済的状况との関連から簡単に観察すれば、米国は「基本特許（basic patent, dominant patent）」⁽¹⁰⁶⁾が多くあるが経済情勢は悪化して

いるという背景の中で、また日本は基本特許を多く持っていないが経済大国となったという背景の中で、それぞれの規制の現代的展開がなされている。

これらに対し、中国は基本特許もそれに基づく一般の特許も少なく、また経済も発展途上である、といったような背景の中で技術ライセンス規制の展開を始めたのである。⁽¹⁰⁸⁾そこで、指摘しておかなければならないのは、中国の、技術を含む外国資本の導入に対する認識の転換がその規制の展開へ影響を与えた、ということである。

すなわち、中国は一九七〇年代から、「四つの現代化」（原語「四個現代化」）という目標を実現するために、⁽¹⁰⁹⁾利用、批判、改造、創造という原則に基づく政治的決断の下で、技術導入も含む外資導入をしてきた。しかし、それと同時に、外資導入に伴う政治的影響を防止するために、色々な厳しい政策がとられてきた。そこでは、技術を単なる製品のような商品の一つとしか見ない、すなわち技術も単に一つの「もの」にすぎないという認識があった。⁽¹¹⁰⁾

ところが、前述したように、中国は一九七八年から「改革・開放」の政策を国策として実行し、主に先進国からの技術導入などのための環境整備（すなわち、それに関する法規と制度の整備、税制・金融などの資金面での助成、技術導入（移転）システムの整備）が新たな段階として展開され、中国の企業は積極的に民生用技術の導入を行いはじめた。⁽¹¹¹⁾そこでは、特に技術ライセンスによる生産の方式（原語は「技術許可証生産方式」）などが歓迎されている。⁽¹¹²⁾

しかし、ライセンスシーである中国の企業は、諸外国のライセンスから技術を導入する際に、昔のライセンスであった日本の企業は色々な不当な制限条項をやむなく甘受せざるを得なかった、というようなことが外国のライセンスにされないようにするため、中国の初の技術ライセンス規制、すなわち国際的な技術ライセンス規制が登場しその展開を始めたのである。

その後、特に一九九〇年代現在の中国では、マルクスによって指摘された「生産力の中にも科学技術が含まれ

る」ということが認識されるようになり、政府の指導者達が「科学技術は生産力、しかも第一の生産力であり、今日の国際間の競争とは「実は総合国力の競争であり、根本的には科学技術の競争である」⁽¹¹³⁾と繰り返して強調している。このことから、中国は、科学技術は総合的な性格を持つ「第一の生産力」である、という認識に転換してきたし、その「技術の遅れと資本の不足」に対応することを含め、中国は国際的技術導入を一層加速化したのである。

また、それと同時に、中国は市場経済のやり方をも導入し始めてからは、中国国内においては言うまでもなく、中国の対外貿易体制も一九七九年までの中国対外貿易部に直属する、一〇社余りの対外貿易総公司による独占的な「国家貿易」⁽¹¹⁴⁾から、まだまだ完全でないとは言え、既に七〇〇〇社をも超える対外貿易事業者による、国際経済にリンクする自由貿易へと急速に転換しつつある。従って、対外通商事業者間の激しい競争の実態に照らし、かつ、GATTの精神をも踏まえなければならず、対外貿易分野においても公平な競争を保護する必要性が次第に生じてきた。⁽¹¹⁶⁾

このような時代的背景が、中国国内の技術ライセンス規制及びその後に行われた中国対外貿易法に現れている、または、新たな具体的な国際的技術ライセンス規制に現れると予想されうる、競争法的な考え方を生成したと言えよう。しかし、中国における現段階の技術的・経済的事情に基づいて考えれば、中国の同規制の実質的な展開は必ずしも米国や日本のそれと全く均質的なものになれるとは期待できないであろう。

第五節 特許ライセンス規制の運用における米国・日本・中国の比較

本節では、既に述べてきた本章の第三、四節での概観を踏まえて、さらに特許ライセンス規制の現代的運用における米国・日本・中国の比較を、具体的に原材料・部品などの購入先の制限条項の問題（第一款）と、輸出地域の

制限条項の問題（第二款）との二つの例を通じて考察したい。

第一款 原材料・部品などの購入先の制限条項の問題

原材料・部品などの購入先の制限条項とは、本稿第二章で定義したように、ライセンサーがライセンシーに対し、当該技術ライセンス契約に係る製造に要する原材料・部品などを、ライセンサーまたはライセンサーが指定する者から購入する義務を課す条項のことである。⁽¹¹⁷⁾

特許ライセンス契約において、このような、ライセンサーがライセンシーに対して課す原材料・部品などの購入先の制限条項について、米国・日本・中国はそれぞれ以下のような法的立場を採っている。

まず米国では、かような制限条項に関しては、それを抱き合わせ条項 (tie-in arrangement, tying arrangement) と称し、原則としてシャーマン法一条とクレイトン法三条に関連し「当然違法 (per se unlawful)」の原則を採っている。⁽¹¹⁸⁾ そこで実際には、かような制限条項を違法とした判例が多くあると同時に、⁽¹¹⁹⁾ 例外的に契約対象技術の「効用確保に必要な場合」の本制限条項は合法、とした判例もある。⁽¹²⁰⁾ このことで、米国においてかような制限条項は、例外を除いて基本的に黒条項に属するものであるとされている。

次に日本の新規準は、かような制限条項は、次の場合では白条項に該当するということを除き、灰色条項に属するものであるとしている。すなわち、「契約対象特許の効用を保証すること、または商標などの信用を保持することが原材料などの品質制限によつては達成困難な場合に、契約対象特許の効用の保証などのために必要な範囲内」（これは米国の判例理論の影響を相当受けたとも思われる）であるなら白条項であるとした（新規準の第一の第一項第七款、第八款）。

最後に中国の管理令は、特別の許可がなければ、①ライセンシーに技術導入とは「無関係な付帯条件」（これに

は不必要な技術と技術サービス、原材料、設備、または製品の購入を含む⁽¹²¹⁾を受け入れるように求めることや、②ライセンサーが異なる供給源から自由に選択して原材料、部品または設備を購入することを、不当に強要する条項は契約に含まれることができない、と定めている(管理令九条)。このため、中国では、かような制限条項は原則的に黒条項であるとしている。

これら三国に係る法的立場を考察すると、原材料・部品などの購入先の制限条項について、次の点においては共通しているように思われる。

すなわち、米国、日本、中国のどの国においても、かような制限条項は、「例外」的に、契約対象技術(例えば許諾特許)の「効用確保」に必要な場合であるなら白条項であり、それに必要な場合であるなら黒条項か灰条項である、という考え方であると言える。そこでその効用確保とは、主に技術的理由(technological reason)から考えるべきものである、といつてもよいであろう。

しかし、上の例外について認定の具体的な基準たるものをも含めて、実に時代的な流れの中で生まれた運用方針との関連から比較してみれば、米国、日本、中国のそれぞれの間には相違点がないであろうか。

まず、米国は知的財産権保護の強化と絡んで、対内的には独占禁止法の規制緩和、対外的には米国独占禁止法を含む域外適用規制の強化、という現実的な通商政策を採っている⁽¹²²⁾。そこで、最近の判例としてのUSM Corp. v. SPS Technologies, Inc.⁽¹²³⁾事件判決では、特許ライセンスに非特許製品を抱き合わせる行為は特許発明の使用程度に応じた実施料の徴収を可能とする⁽¹²³⁾、と判示されたように、抱き合わせ条項を合法とする新たな根拠が示されている。

次に、日本の公取委は、新規準の「必要な範囲」につき、もしかような制限条項が「契約対象特許の効用を保証するため、または商標などの信用を保持するため」ならば、必要な範囲内である、と認める。しかし、企業がその

商慣行的行動から、実質的に関連企業あるいは系列企業の原材料などを使用させること、などは必要な範囲内ではない、と解している。⁽¹²⁴⁾

最後に、中国は管理令における「不当」の理解について、特許製品の品質を保証し、不当な取引方法などを受けずに、自国の技術的向上、企業の発展、国産化などを図るといった結果が、新国際的経済秩序の構築の基礎となるという認識から、⁽¹²⁵⁾ できるだけ部品の国産化あるいは外国のあるライセンサー以外の方からのより安い原材料などを使用することが必要な範囲だ、と考えている。

このように、米国での一定の時代における法政策論的判断を含んで形成される判例理論と、日本での基準の明確性と具体的妥当性のバランスをとる新基準の三分法とは、原則的に言えばほぼ同様な考え方に基づいているとも言えても、それらと中国のできる限り安価の部品購入や部品国産化の推進という具体的な考え方は、その出発点や目的から言えば言うまでもなく相違である。

しかし、かような制限条項に限つていうと、米国や日本の考え方と中国の考え方とは必ずしも徹底的に対立しているとは言えず、結果的に言えばむしろ同様な法的機能が果たされているとも考えられる。

これは、中国の考え方は外国の技術や製品の輸出業者間の競争を活発化する要素をも含んでおり、必ずしも競争秩序のあり方として不当なものではないと思われるからである。この意味で、米国や日本の考え方と中国の考え方とは調和しうる部分があるとも言えよう。

第二款 輸出地域の制限条項の問題

輸出地域の制限条項とは、既に本稿第二章で定義したように、ライセンサーがライセンシーに対し、ライセンシーの特許製品の輸出し得る地域を制限する条項のことである。特許ライセンス契約において、このような、ライ

センサーがライセンスに対して課す輸出地域の制限条項について、米国・日本・中国はそれぞれ以下のような法的立場を採っている。

まず、米国では、従来、学説的に米国特許法二六一条をめぐる法解釈との関連から、かような制限条項への対応についての議論の対立はある。⁽¹²⁶⁾しかし、米国内における地域制限を付した譲渡の合法性は多数の判例によって認められたことから、一般に特許のもう一つの利用方法であるライセンスについても製造・販売について地域制限を付して行うことは合法であるとされている。⁽¹²⁷⁾

また、国際的地域制限は、国内の地域制限に適用される法理論とは重要な相違があるにもかかわらず、日本に關連を有する *United States v. Westing house Electric Corp.* 事件判決に見られるように、ほぼ一律に当然合法とされている。⁽¹²⁸⁾

次に、日本の新規準は、かような制限条項は、①ライセンスが特許製品について特許権（製品特許権）を登録している地域、②ライセンスが特許製品について自ら経常的な販売活動を行っている地域、③ライセンスが第三者の独占的販売地域として認めている地域、の場合に課されるものであるなら、白条項に該当するとし、このほかの輸出地域の制限条項は灰色条項に属するものであるとしている（同規準の第一の第一項第九号）。

灰色条項は具体的にどのような場合が問題となるかは、一般指定二三項（拘束条件付き取引）との関連から判断すると解説されている。⁽¹²⁹⁾一言で言えば、日本は、かような制限条項は原則として違法しないという、米国にかなり近い考え方を採っている（ただし新基準はノウハウについて何も言及していない）。

最後に、中国の管理令は、ライセンスの販売ルートまたは輸出市場を不当に制限することを強要してはならない、と規定し（管理令九条七項）、具体的に「不当」に当たらない二つの場合を明示した。

すなわち、①ライセンスが既に排他的ライセンス契約を締結している国・地域、②ライセンスが既に独占的

代理契約を締結している国・地域（同施行細則一四条）の二つの場合である。また、そこに付筆しなければならないのは、中国もパリ条約などに加盟していることから、日本の新基準でいう①の場合も上の不当に当たらないものである、と理解するのは当然であろう。⁽¹³⁰⁾

これら三国に係る法的立場を比較してみると、次の点においては共通しているように思われる。すなわち米国、日本、中国のどの国においても、輸出地域の制限条項について、一律に合法・違法と判断されるものではないという考え方である。

そこで、米国、日本、中国のそれぞれの国において、輸出地域の制限条項について合法または違法と判断する、具体的な法政策論的運用などにおき、どのような大きな相違点があるかを見てみよう。

まず米国では、既に前款でも述べたように、米国は対内的には反トラスト法の規制緩和、対外的には一九八八年包括通商競争力法（Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988）の成立にも示されたように反トラスト法を含む域外適用の強化、という現実的な通商政策を採っている。⁽¹³¹⁾

このため、米国のライセンサーまたはライセンシーに寛容な法的判断、逆に言えば、外国のライセンサーまたはライセンシーに厳格な法的判断を下すことになることも、つい最近の *United States v. Pilkington plc.* 事件におき、司法省の連邦地裁に提出した和解判決案の中でも見られるようにあり得よう。⁽¹³²⁾

次に、日本では、新基準に関連して、①ライセンサーが特許製品などについて将来自ら販売活動を行う計画を有しているために、②第三者の独占的販売地域とすることを予定しているために、「留保しておきたい地域」など白条項に準ずるような地域が輸出制限地域とされているような場合には、代替技術、代替製品が殆ど日本の市場に見られないような場合にライセンシーの輸出活動が制限されることや、外国事業者との国際的市場分割の一手段として用いられること、に該当しない限り基本的に問題がなく合法である、と解説されている。⁽¹³³⁾

最後に、中国は、前述した管理令の目的規定にも示されたように、「…国家の経済発展を促進するために」(管理令一条)、国際法と国際的慣習を尊重しながら、それに違反しない限りに、特に「中外合弁企業が生産する製品はより多く輸出する」⁽¹³⁴⁾ことを推進する、という法政策論的考え方から、日本の新規準では白条項とされている、ライセンサーが継続的な販売活動などを行っている国・地域への輸出制限や、留保しておきたい地域への制限条項を、「不当な」制限の当たる可能性が大きい条項とするのである。⁽¹³⁵⁾

このように、法政策論的展開との関連から米国や日本、そして中国の地域制限条項に対しての考え方を比較すると、日本と米国とのそれが実質的にどれほど異なるかはともかくとして、少なくとも「留保しておきたい地域への制限条項」をめぐるでは、日本と中国との考え方は異なり、場合によっては対立することにもなりうると思われる。

すなわち、もし、日本のライセンサーが中国のライセンサーに対して、技術ライセンス契約における「留保しておきたい地域への制限条項」を課した場合に、日本は独占禁止政策の観点からそれを合法とするのに対し、中国は経済発展政策からそれを違法とするときに、日本と中国との考え方は異なり、それぞれ一方的な主張を堅持しすぎると対立することにもなりうると言えよう。

第六節 小括——国際的な技術ライセンスの規制に特有な問題

本章のこれまでは、米国・日本・中国のそれぞれの国における技術ライセンス規制について、特許ライセンス規制を例にし、その法的構成、法政策論的変遷、具体的な運用、及びそれらの社会的な技術的・経済的背景、に関する一部の共通点または相違点を明らかにしてきた。以下において、右の比較を通して見た、国際的な技術ライセンスの規制に特有な問題点を指摘して本章を終わりにする。

第一に、既に述べてきたように、技術ライセンス規制の具体的な展開は一国の知的財産権政策、特に特許政策の展開と密接に関連しており、その特許政策の展開はまた一国の一定の時代における技術や経済などの発展状況に基づいて行われるものである。そこで、特許政策の運用面から特徴的に言えば、米国では発明家保護の理念に基づき「司法主導」で運営され、日本では産業の保護育成の理念に基づき「行政主導」で運営されている⁽¹³⁶⁾のに対して、中国では産業の育成や中華の振興の理念に基づき未だに「政治主導」で運営されている。

このように、米国、日本、中国のそれぞれの国がそれぞれの理念に基づき特許政策そして知的財産権政策を運営していることは、必然的に技術ライセンス規制の具体的な展開に影響を与える。そこで、国際的技術ライセンスに對しては、異なる国において異なる理念に基づいて行われる知的財産権政策に関連して、どのように異なる国の技術的経済的格差を配慮し、またどのように多国間に共通になるような法的理念を樹立し、それに基づいて国際的技術ライセンス規制を展開するかが問題となろう。

第二に、確かに、米国、日本、中国のそれぞれの技術ライセンス規制の法的構成が異なっている。しかし今日、米国の合理の原則やDRAFT一九九四、日本の独占禁止法二三条もしくは新基準、及び中国の管理令九条と技術契約法三五条などには、結果的に言えば同じ法的機能が果たされているという、機能的に共通する点もある。⁽¹³⁷⁾また、中国のように発展途上国は競争原理を導入しつつ、技術ライセンス規制の展開を「段階的」に国際的レベルに接近していく方向に動き始めようとしている。

とは言えても、一国の技術ライセンス規制が国際的技術取引へも適用しようとする際には、いかにして「国際的な」技術的関連市場を画定し、そこにおいて技術的諸関連から独占禁止法的判断を行うのか、また、どのように国内技術取引の場合を中心に構成されてきた法的枠組を十分に検討し直した上で慎重に行っていくのか、なども国際的な技術ライセンスの規制に特有な問題となろう。

第三に、国際的技術ライセンスは国を超えた国際取引の一つであり、そこで生じる法的問題への一国のみの対応にはもとより限界がある。このため、国際的に法的有効性を確保するには、多国間の司法協力が極めて重要となると思われる。この意味で、米国とカナダ、ドイツ、及びオーストラリアとの間で競争法の執行(enforcement)についての二国間協定⁽¹³⁹⁾が結ばれたように、より多くの国々の間で、特に国際的技術ライセンスに対しての規制についての司法協力が必要となってくるであろう。

そこで、上の司法協力が行われうるには、自国と異なる他国の規制を真に理解し、異なる国の技術的経済的状况を配慮した上で漸進的に部分的でも、かかる規制に関する共通認識の形成に連なるステップが必要となる。

しかし、南北問題に関連して現代の国際社会において、いかに現代国際法の基本的な原則の一つと言われるようになってきている「国際協力原則」⁽¹⁴⁰⁾の観点も踏まえて、市場経済の競争原理と現代社会の国際協力とを創造的にアクセスしながらかかる規制を行っていくかが問題となろう。

第四章 補論——技術ライセンス規制の法政策論的検討

本章では、既に第二章、第三章での検討によって明らかになってきたと思われる「独占禁止法二三条の法解釈論的検討には限界がある」という認識から、平井宜雄氏によって提唱された「法政策論はある具体的な法律を作ることを直接な目的とする、立法論的な議論を意味するのではなく、その『具体的な法律を作る作業の一段階前に位置する理論的な作業に役立つこと』である⁽¹⁴¹⁾」という意味で、技術ライセンス規制の法政策論的検討の必要性及びその法的背景について、極く簡単な考察を行いたい。

第一節 法政策論的検討の必要性

第一款 技術ライセンス規制の特質による要請

既に前章にまで見てきたように、元々、「法律は、言語的可能な範囲でその意味・内容を社会・経済の発展に応じて変遷させるが、ここには一定の限界がある」⁽¹⁴²⁾。特に技術ライセンス規制は、内容的に、技術や経済とは極めて密接な関連性を有するものであるので、同規制の実質的な運用においては、結局、一定の時代・国家における具体的な法政策の展開に依拠せざるをえない、という特質を持つと言える。

例えば、前章で見たように、米国における技術ライセンス規制の展開は、独占禁止法上の問題として純粋な法律観念的判断ではなく、ことに「合理の原則」論による判断に見られるように、実質的に法・経済政策的な判断に強く影響されるものであり、「背景事実」による法政策論的判断によつて大きく左右されることになっている⁽¹⁴³⁾。また日本でも、時代的背景の変化によつて、ガイドラインが制定し直されており、具体的な事案に対する法的判断は、既に前章第三節で述べたことにも見られるように、一定の時代における政策的判断によつて強く影響されることになるように思われる。さらに中国などにも、既に前章第四節で考察したことを通して考えれば、このようなことは当てはまるといってもよいであろう。

これは言うまでもなく、技術や経済そのものが必ずしも人間の意志のままになるものではないし、技術や経済現象を完全に法による規制の下に置くのは極めて難しいこともあって、知的財産権法と独占禁止法についての法的議論は、実に「隣接法学との接点問題ではなく、競争政策に密接に関連した問題として検討される必要性が明らかになった」⁽¹⁴⁴⁾からと考えられよう。

今日、技術ライセンス規制の理論的根拠の一つである産業組織論などに関連する経済学上も、多くの新しい問題

解明が求められている。⁽¹⁴⁵⁾ よって、同規制の実質的な運用は、まさに「複数の制度相互間及び制度の中の諸要素相互間で不断の衝突・調整が行われている動態」⁽¹⁴⁶⁾の中にある。そこで、常に適正な法的判断を行うことに連なる、一国の一定の時代における技術的・経済的背景に基づいた法政策論が特に必要となる。

すなわち、ここでの法政策論として、技術ライセンス規制の「背景事実」の解明及び政策的判断を、主として競争政策に密接に関連した問題として考慮し、それを法解釈論に反映させ、またその逆の方向で検討するという「フィードバック」思考が極めて重要である、と指摘できよう。⁽¹⁴⁷⁾

第二款 南北間の技術・経済紛争の特質による要請

国際的技術ライセンス規制の形成との関連を考えれば、南北間の技術・経済紛争の特徴を観察するのが重要であり、伝統的な国際間のその紛争に比較して言えばそれは以下のような三つの特徴がある、と指摘されている。

① 南北間の技術・経済紛争は国際的紛争であるが、これに対応することを含む国際経済法は未だに「発展途上」にある。本来、法は技術・経済の動きに即応し得るように柔軟さを備えていなければならないが、南北間のような国際間でいかに主権の強調と国際協力との協同や法的平等から実質的平等への転換などの要請にも応じ、その「柔軟さ」を備えていくかが依然として一つの難問である。

② 当然ではあるが、かような紛争は南北間の紛争である。この際、特に本稿の課題に関する場合は、違法行為の存否ではなく既存法の正当性そのものが問われており、そして新しい原則・規則の確立が問題となる。従って、「伝統的な権利義務関係では捉えきれないような錯綜した事象が展開している」⁽¹⁴⁸⁾今日では、既存法の存在のみを前提とする国際裁判所による解決は必ずしも常に適当とは言えない。⁽¹⁴⁹⁾

③ 国際経済の全世界的な相互依存状態、そして南北問題の全世界的な解決の必要性からして、国際機関の役割

が極めて大きい。今日、具体的紛争は二国間であっても、特に知的財産権の保護や国際的競争秩序の形成などに関わる紛争は、そのインパクトは多数の国家また時に全世界に及ぶと言ってもよいことから、その解決手続きのいわば全世界的性格が必要となる⁽¹⁵¹⁾。

このような特徴から、南北間の技術・経済紛争は、一方で柔軟な解決手続きを必要とし、他方で紛争自体を回避しまた予防することが重要となる。特に後者に連なるためには、「新しい法理念の必要性を認識し、法原理自体の変革というところに着目しなければならず」⁽¹⁵²⁾、「社会現象をどう把握するか、価値の問題をどう考えるか、という一般的な問題にまで手を広げざるを得ない法政策論」⁽¹⁵³⁾的検討が要請されよう。

第三款 方法改革論の提起による要請

近年、桜井雅夫氏は、トランスナショナルな経済関係の法の問題は、実は地域的圏内での、また、その地域的圏域を超える、トランスナショナルな経済を規整する法の相関関係から生じると考え、単一の法体系はありえないし、法現象の中に統一的な原則・原理・基準などが存在することはないと指摘し、従ってそこで「国際経済法律研究」(international economic legal studies/transnational economic legal studies)⁽¹⁵⁴⁾の方法改革が必要である、と提唱している。

すなわち、本稿の課題をも含む「トランスナショナルな経済関係の法現象を対象とする研究において、問題の接近・解決の方法として」⁽¹⁵⁵⁾は、法解釈学にとってもまた独自の領域としても意義のある「法解釈学とは別の方法も必要であり」⁽¹⁵⁶⁾、国際関係・国際経済と法律の重なり合い、接点、関連に十分配慮し、かつ常に国際関係と国際経済発展を「歴史的な観点」からとらえることがきわめて有効な手段となりうる⁽¹⁵⁷⁾。

また、国際経済法律研究は、今日のトランスナショナルな経済関係を「その圏域と主体の多様化」に対応させて

現実即して客観的・具体的に考察し、その上で現存する法秩序とそこに生じる問題を説明することを第一義とする。そして、可能であればさらにその法秩序の展望を試みることも必要になる、と桜井氏が主張する。

この場合、国内法・国際法の区別、公法・私法の区別、法分科論などに必ずしもとらわれない総合的な方法によることが望ましい。しかも、現段階では、予め概念規定や体系的構築を行ってそこから具体的な問題に接近するよりも、むしろ実際問題の解明から出発する帰納的実証的な方法をとる方が適當である。⁽¹⁵⁸⁾

そこで、技術先進国においてすら、立法に対する行政の優位の現象などに見られるような「法の政策化」という傾向が発展途上国においてはさらに顕著である、⁽¹⁵⁹⁾という現状の中で、「法解釈とは別にまた法解釈との関連」で、トランスナショナルな経済関係の「法政策学」ともいうべき研究手段がかような問題の解明に有効である⁽¹⁶⁰⁾と考えられ、技術ライセンス規制の展開に関する法政策論的検討が特に重要であると言える。

第二節 法政策論的検討の法的背景

既に第四章で明らかになったように、法政策論的検討を行うには、独占禁止法や知的財産権法などの展開の背景となる生々しい技術的・経済的背景に対する、客観的かつ正確な「背景認識」が最も重要な一因となる。しかし本稿の課題に関する、従来より行ってきた議論の中では、それについての考察が殆ど見られないように思われる。

そこで、以下においては、技術ライセンス規制の法政策論的展開に関わる、日本国内外の背景を極簡単に見ていきたい。

第一款 技術ライセンス規制の展開に関する国内的な背景

第一項 經濟構造の變化

經濟構造とは、經濟主体が行動する際に、中長期的に見てある程度所与とみなさざるをえない制度や環境や慣行など、という概念であると定義されており、またこの概念に基づいて、以下のような構造變化の重要な諸側面が指摘されている。⁽¹⁰⁾

すなわち、① 日本や米国などの先進国では、政府規制は次第に緩和される傾向にあることが見られる。② 応用範囲の広い新技術が実用化段階に入り、新しい製品、製法や組織などの導入により、豊富な技術革新の機会が現れ始めていることになる。③ 生産と消費の両面から、競争の場（市場）がグローバル化されつつある。④ 広義のサービス部門が經濟全体の六〇％近くを占めていることから、その部門の効率性は大きな意味を持つことになりつつある。

特に一九七〇年代頃から、技術自体の同質性がもたらすネットワーク化、技術商品サイクル（product cycle）の短縮化、及び技術の異分野間あるいは境界領域での共生化、と指摘された「經濟構造を変える現代技術の特質」⁽¹¹⁾による技術革新が急速に進み始めてきた。

これによって、二〇世紀を支配してきた日本の資本主義經濟の産業社会の仕組み——經濟構造の中心である産業構造——は「機械化」から「情報化」へとの変革がもたらされつつ、⁽¹²⁾情報の高度即時利用が必要となる同時に、これはまた「競争が競争を呼ぶと言え好循環」⁽¹³⁾の要因となったと言えよう。

このような変革に伴い、新たな産業の出現や既存産業の構成調整、またそれと合わせて、従来の商品貿易の國際分業に加えて「生産要素の國際的移動」⁽¹⁴⁾（海外投資、技術移転、労働力移動など）が進められている。⁽¹⁵⁾このようなこ

とから、前述した②と③とは、きわめて重要な点であると言える。

そこで、また「産業構造の変動は投資構造の投影である」と言われるため、投資構造、特に海外直接投資を通じて、日本の産業構造変化を「渉外的部分」との関連から観察すれば、以下のような特徴があると見られる。

日本と進出先との企業関係は、「生産センター」と位置づけられた東南アジアにおいて、構造的に「線」から「面」への展開となった。すなわち、従来日本の本社と一つの外国の工場といった単純なラインの関係から、本社と各国に跨ってしかもネットワークを強化された工場群の関係となってきた。

第二項 技術戦略の変化

現代においては、「金⁽¹⁶⁹⁾のなる木⁽¹⁷⁰⁾」と言われる経営資源の一つとなった技術は企業の生命を支配するほどの重要性となり、戦略的な国際的技術導入だけではなく、国内外の共同開発また国際的技術輸出も企業の競争力の優劣を決定する要因となった。これは「国際競争力の主要な決定因が資本から技術へと変化し」たことや「技術革新の連鎖性⁽¹⁷¹⁾」によると思われる。

特に今日、生産の国際化をベースにした経営戦略のグローバルな展開においては、多国籍企業の国際的競争上の一層の優位性が要求され、そこで、いわゆる多国籍企業内及び企業間の技術移転とを通じ、最大の優位性とされる知的財産権の運用は「技術と支配との連結管⁽¹⁷²⁾」としての役割を果たすものであり、これによって独占利潤、超過利潤を獲得するチャンスを得る戦略が採られている。

このような技術移転を通じて、実質的に、ライセンスが技術優位の立場に立っており、国際的ネットワークを持った生産センターを形成し、そして、世界の市場におけるマーケットシェアを維持・拡大する、といったように

企業の国際的な総合競争力の強化に連なることとなる。⁽¹⁷³⁾

また今日、開発した技術をより早く出願し世界各国で同様の保護を得ることが、企業にとって市場での優位性を確保する不可欠の要素となっており、⁽¹⁷⁴⁾ また本国以外の国で出願しないときは、知的財産権者が技術ライセンス契約を通じて、色々な制限条項を付けることによって技術の優位性が失われないようにすることも行われている。

そこで重要になるのが、企業がなぜ知的財産権の国際的保護を求めることにある。すなわち、この保護は単にある権利の保護というよりも、むしろ総合的な技術力の形成に連なる、合法的な「競争の武器」としての手段の保護であると言える。⁽¹⁷⁵⁾ これは、まさに現代的技術革新の成果に基づいた技術戦略の著しく変化である、と言えよう。

第三項 波及効果の変化

今日において、コンピュータの普及と情報通信革命は、金融と知識の移動について国境と時間の制約を完全に無くし、情報それ自体の商品化が企業内及び企業間の情報ネットワークに乗って広範かつ高度化された状態で進展し、⁽¹⁷⁶⁾ いわゆる二四時間のボーターレスエコノミーが定着したのである。そして、企業活動はグローバル化の度を強め、競争は益々国際化してきたと言われている。⁽¹⁷⁷⁾

一九七〇年代までは、日本の海外直接投資の金額は五〇億ドル程度であり、それを国内の設備投資の金額と比較すると、二―三％の水準でしかなかったから、海外直接投資の国内経済に与える影響もそれほど大きなものではなかった。

しかし、一九八九年には、それが六〇〇億ドル以上に登っており、日本国内の設備投資額の一〇％近くまでに⁽¹⁷⁸⁾ なった。また、日本の円高の長期化もあって、この海外の直接投資の額は増える一方である。

これによって、その投資の結果を含む世界経済が日本の産業構造や国際収支などマクロ経済に広範な影響を与え

ており、それと同時に、日本経済、特に海外直接投資が、世界経済に対しても広範な影響を与えている。⁽¹⁷⁹⁾

このような状況の中で、米国のみが指導的立場にたつ時代が既に過ぎた今日において、国際的な調整役となろうとしている日本は、現実には、先進国との間だけでなく、途上国との間でも、また資本主義国との間だけでなく、社会主義国との間でも、相互依存の関係が益々相互連動的になりつつある。

従って、日本が採る経済政策や企業行動などの波及効果が企業間の競争に与える影響は、主に日本の国内にとどまらず、国際的、特に関係する相手国や地域などまでも強く及ぶこととなるのであり、また、既に述べたように、技術移転を含む技術取引によるかまたは製品取引によるかということにより、国内的・国際的企業間の競争への波及効果も変化となるのである。

このことも、その波及効果の源は日本にあるという意味において言えば、技術ライセンス規制の展開に関する国内的背景の一つであると言える。

第二款 技術ライセンス規制の展開に関する国際的な背景

第一項 現代における国際的技術ライセンス規制の形成の必要性

今日、世界全体の経済発展における南北両世界は、国際的な相互依存 (global interdependence) の関係にある。南北格差の継続的拡大という傾向は、最終的に、先進国は「豊富の角からパンドラの箱へ」、また、途上国は「格差から破産へ」というように転換して、冷戦後の世界平和、途上国の経済的自立化、及び世界全体の経済発展には、マイナス面しか持たない。⁽¹⁸⁰⁾

従って、「南北格差を埋めることが二二世紀の最大の課題」の一つであり、今日こそ南北問題への対応が再び急務的に行われるべきである。⁽¹⁸¹⁾そこで、最も有効に南北格差を埋めることに連なる、国際的技術移転の促進が対策の

一つとして強く要請されているように思われる。しかし、これを着実に推進するには、早期に國際的技術ライセンス規制の形成が必要となるにほかない。

なぜならば、既に第四章で米国・日本・中国の比較法的検討を行ってきたように、先進国のライセンスサーが途上国を含めて外国のライセンスサーにある技術ライセンスを行う場合、外国法による關係する規制が存在しないことや、外国によりその關係する法的規制の内容及び具体的運用に差が存在する場合がある。

このような場合には、同一の技術取引に対しても、必ずしも國際的技術移転の公正かつ健全な展開に連なるとは肯定し難い、いわゆる「規範の空白ないし不均等状態が生ずる」⁽¹⁸²⁾からである。そこで、今日先進国の間の共同市場化、また先進国に限らず經濟のグローバル化が進むにつれ、多国籍企業が國際的技術ライセンスを行う場合には、取引の当事者がその規範の空白ないし不均等状態を利用する脱法行為が生じうることになり、⁽¹⁸³⁾それを如何に是正すべきかが現代における至急の課題となりつつある。

また、一国のライセンスサーはクロスライセンスやパッケージライセンスなどが期待できない場合は、一種のテクノヘゲモニー（技術覇権）の力による、自己の特許独占（patent monopoly）または技術占有（appropriability）を、特許権など知的財産権の範囲を超えてできる限り拡張する条件を、制限条項の形でライセンスサーに要求しがちである。⁽¹⁸⁴⁾これに対応すべきものはやはり國際的技術ライセンス規制しかないであろう。

さらに、今日、東西間の政治的な冷戦が終結し、世界各国において如何に自国の經濟を發展するかが最も重要な國家的課題に上がった。「現代的技术革新は經濟の持続的発展の動力源である」⁽¹⁸⁵⁾というように認識・検証されつつある中で、國際的技術移転は南北間に限らず相互依存の關係の中で一層の求め合うことになるが、國際的技術ライセンス規制がまだ存在していない故にそれが順調に行えるかは大きな疑問である。

そこで、現代的技术革新は想像を絶するほどに速まり、国境を越えた相互浸透（interpenetration）の經濟的相

互依存関係をもたらした。⁽¹⁸⁶⁾ 今日における「諸国家間の経済的相互依存の関係は、他のいかなる領域で見られぬほど緊密な法的依存の關係に發展する」⁽¹⁸⁷⁾ 必然的要請もあつて、早期に国家の枠組を超えた国際的技術ライセンス「規制」⁽¹⁸⁸⁾の形成の必要性をさらに高める結果となった。しかもそれは、發展途上国に限らず技術先進国にとつても同じく必要となっている、と言える。

第二項 国際的技術ライセンス規制の形成に関する南北間の対立

既に第一章でも触れたように、国際的技術ライセンス規制の制定作業はUNCTADの場において従来から行われてきたが、未だにそれが成立できる実質的な進展が見られない。これはそこに南北間の鋭い対立があったからである。

もともと、南北両世界はいわば「非対称的な相互依存の關係」にあることは否定できない。⁽¹⁸⁹⁾ それが故に、国際的技術ライセンス規制の形成に関する南北間の対立は、技術ライセンス契約における制限条項をめぐる法的判断がその一つである。

すなわち、技術ライセンス契約における制限条項に対し、先進国側は、独占禁止法違反の取引慣行の問題として「競争テスト」(competition test)を主張するのに対して、技術従属論に立つ途上国側は、不当な制限条項の支配的コントロールは、技術移転を受け入れる側の發展を實質的に阻害するかどうかによる「發展テスト」(development test)によるべきであると主張する。⁽¹⁹⁰⁾

例えば、研究開発、価格、抱き合わせ、権利消滅後の使用などに関する制限条項をめぐることは、各行為類型に「不当に」(unreasonably, unduly, unjustifiably)という用語を存置するべきかどうかについて南北間の意見の対立があり、競争テストを主張する先進国は合理の理論を根拠にその用語を存置すべしとし、發展テストを主張する途上

国は前述した関連行為は当然違法であるとしその用語の削除を求めている⁽¹⁹¹⁾。

またこのほか、ライセンシー側の改良から生じた技術のグラントバックを非独占的に行うこと、独占的实施権が許諾される段階に至っていない留保された段階における輸出制限のこと、及び契約満了後の使用制限のことを問題とするべきか、問題とするべきだったらどのように処理すべきか、などについても、南北間の意見が激しく対立しているところである⁽¹⁹²⁾。

この南北間の対立が短期内に実質的に解消されえないではないかと思われる程存在しているには、以下のような背景があるからである。

既に前章での米・日・中の比較法的検討の中でも触れたように、知的財産権の保護に関する南北間には権利技術の対象によつて実質的に大きな差がある⁽¹⁹³⁾。このことが結局模造品の国内外の横行に連なり、ひいては先進国の輸出産業に並みならない損害を招来している、と米国を始めとする先進国は危機意識を表明し、國際的な知的財産権の保護を強く求めている⁽¹⁹⁴⁾。

これに対し、途上国は、「知的従属」から「技術的自立化」へと転換する自国における産業育成などのため⁽¹⁹⁵⁾、技術・経済格差の縮小に連ならざる逆⁽¹⁹⁶⁾にその拡大を招く、國際的一律の知的財産権者への「保護の厚い」知的財産権制度の導入、及びそれが故に途上国のライセンシーに課した多様な制限条項は、実質的に公正ではないとの理由に、反対の立場をとり続けているということがある⁽¹⁹⁶⁾。

しかも今日、それに加え、國際社会における各国の經濟的実力の変化、技術革新の急激な展開、及びそれが經濟發展の中で占める位置の凸出により、また現代的技術革新がもたらした經濟の國際化は一層進む中で、如何なる内容から國際的技術ライセンス規制を形成していくかが、「新國際經濟秩序」⁽¹⁹⁷⁾の構築における主導権の確立に連なる側面も現れてきたことから、南北間の対立は解消され難い新たな局面をも迎えた⁽¹⁹⁸⁾。

周知のように、一九九五年一月一日にWTO (World Trade Organization) が⁽¹⁹⁹⁾ついに設立された。これにより多角的貿易体制を支える制度的基盤が整備され、貿易ルールについて定める諸協定の統一的な運用を確保するための枠組が提供されている。⁽²⁰⁰⁾そこで本稿の課題に関連するその諸協定の中の新しいものの一つである「知的財産権の貿易関連の側面に関する協定」第四〇条第二項は以下のように定めている。

第四〇条第二項は、この協定のいかなる規定も、加盟国が、実施許諾などにおける行為または条件であつて、特定の場合において、関連する市場における競争に悪影響を及ぼすような知的財産権の濫用となることのあるものを自国の国内法令において特定することを妨げるものではない。このため、加盟国は、自国の関連法令を考慮してこのような行為または条件（例えば、排他的なグランドバック条件、有効性の不爭条件及び強制的な一括実施許諾などを含むことができる。）⁽²⁰¹⁾を防止しまたは規制するため、この協定の他の規定に適合する適当な措置をとることができる、と規定している。

この規定は、知的財産権の濫用などを防止するといった原則を確立したと同時に、国際的な技術ライセンスに関する規制の具体的なあり方は実質的に各加盟国の国内法に委ねざるを得ないという考え方を示した、というように理解できる。このことはまたもう一つの側面から、前述した南北間の対立は短期内に実質的に解消されうるとは考え難いということを反射している、というように考えざるを得ないであろう。

第三項 現代における「競争テスト」と「発展テスト」との調和

国際的技術ライセンス規制の形成に関する南北間の対立は短期内に実質的に解消されえないし、相手国の知的財産権に関する法律やそのもとで形成された法意識が差別的であるとして批判しあうことには避け難い面があるが、今日こそ、国際的技術移転自体が極めて重要であり、また制限条項が各国の間の知的財産権保護のギャップを

埋めることに連なる側面もある、と国々の間に認識し合うべきである。⁽²⁰²⁾

そして、この認識の下で、相互理解に基づく総合的な解決が目指されるべきであると思われ、これにあたっては、現代における「競争テスト」と「発展テスト」との調和ということに着目するのがより必要となり、そしてその調和を実現するためには「公正かつ妥当な条件」(fair and reasonable terms and conditions)⁽²⁰³⁾による国際的技術移転の促進をも検討の視野に入れて考えるのが重要である、と筆者には思われる。

これについて少々具体的に述べると、以下の四点を強調するのが必要であろう。

第一に、「競争テスト」と「発展テスト」との調和が必要とされている。

既に本章まで議論してきたように、国家や国益などが存在し続けている以上、それに関わる一定の時代における一国の具体的な法政策的展開に依拠せざるをえない、各国の技術ライセンス規制を完全に統一的なものになるのはほぼ不可能である。しかし、一気に国際的統一的な技術ライセンス規制の成立ができなくても、その前段階として、貿易や投資などの経済的な側面をはじめとする国際的な相互依存が益々深まる、⁽²⁰⁴⁾といった現状の中では、その各国の規制の平準化が必要となりつつあろう。

これは前章で述べた、原材料・部品などの購入先の制限条項規制のように、競争テストと発展テストとは如何なる場合でも全く調整しえない対立している関係にあるものとは言い難いし、また輸出地域の制限条項規制のように、競争テストも発展テストもその一方のみを基準にして国際的技術ライセンス規制を形成していくことが果たして妥当と言えるかは疑問ではないとも言い難いからである。そこで、まさに現代における「競争テスト」と「発展テスト」との調和が要請されていると言えよう。

第二に、「競争テスト」と「発展テスト」との調和はあり得る方向にある。

今日、中国を含む多くの途上国または前社会主義国は、市場経済の原理を導入しつつ漸進的に競争機構を確立し

ようとしていることから、場合によって競争テスト的な考え方を認め始めている。他方、後述する例をはじめとし、米国、日本などの先進諸国は国際的な相互依存が益々深まっている中で、南北間の国際協力をも不可欠と認識してきたこともあって場合によって発展テスト的考え方をも承認している。⁽²⁰⁵⁾ このことは、現代における「競争テスト」と「発展テスト」との調和が局部的漸進的とは言え現実においてあり得る方向にあることを示していると思われる。

例えば、国際的技術ライセンス規制の対象となる行為に関し、「不当に制限する (unduly restrain)」という語句と「悪影響を及ぼす (adverse effects)」という語句との関係について、先進国は前者の「結果によって」後者をもたらしした場合に差し控えると主張し、途上国は前者「または」後者の場合に差し控えると主張するので、UNCTADの場合では長年にわたって交渉しても南北間の合意に至っていなかった。⁽²⁰⁶⁾ しかし前述した、WTOの「知的財産権の貿易関連の側面に関する協定」第八条の規定は原則的に途上国の主張を踏まえた、⁽²⁰⁷⁾ というように考えられる。

第三に、「競争テスト」と「発展テスト」との調和に理念的構成が重要である。

南北間の国際的技術移転を促進するにあたって、「競争テスト」と「発展テスト」との調和を考える際には、法的「理念は事実を一定の方向へと導く機能を有すべきものである」⁽²⁰⁸⁾ ことから、理念的構成に視点を置くのが重要である。すなわち、基本的には競争テストに示された市場・競争・自由の法的理念を基礎にしつつも、発展テストに現れた実質的衡平・平等・公正のような「開発の国際法」(droit international du développement)⁽²⁰⁹⁾ を踏まえた法的理念をも、従来の国際的競争秩序に必要とする「補完的」⁽²¹⁰⁾ 次元で、創造的に組み込むように検討することが重要である。

これは、基本的に「自由かつ公正な競争」の理念は国際的普遍性を持つと認めるべきであろうが、その具体的な現れ方は先進国を含む各国の発展段階における技術的・経済的実態を配慮せざるをえない側面を包容する必要がある。

るので異なりうるからである。特に、南北間の技術的・経済的格差、途上国市場自体の未成熟、及び国際的競争基盤自体がまだ形成されていないことを考えると、「競争テスト」と「発展テスト」との調和に理念的構成が必要とされていることは明らかであろう。

第四に、「競争テスト」と「発展テスト」との調和過程を重視すべきである。

言うまでもなく、「競争テスト」と「発展テスト」との調和はその望ましい結果をもたらすまでには「時間のかかる過程である」と予想できる。そこで、如何にして、国によってその全く異なるような各国の規制の変遷から機能的に共通的な部分を発見していく、またはその各国の規制の変遷をある共通的な方向へと導いていく、という「ダイナミックで継続的な過程」が重要であり、調和過程こそを重視すべきである。⁽²¹⁾

また、筆者はその調和過程において「公正かつ妥当な条件」による南北間の国際的技術移転を促進すべきであると考えている。これは、南北間の国際的競争基盤自体の整備などがまだできていない故に、競争テストの考え方のみを持って行動することがかえって「自由かつ公正な競争」を波乱する可能性があるし、また伝統的な法的平等から実質的平等へと転換する必要性に関連して、発展テスト的考え方は実質的に最終的に「自由かつ公正な競争」の実現に連なる機能を有する、と思われるからである。

第四項 日本の国際的技術ライセンス規制の形成への法的役割

筆者は、国際的技術ライセンス規制の形成に関する南北間の対立を解消するため、いかに「競争テスト」と「発展テスト」との対立の氷を溶けていくべきかが、今日こそ法政策論的にも検討しなければならない重要な課題の一つとなる、と指摘したが、そこで日本は最もその「氷溶けの役割」を担い得る立地にある、とも考えている。

なぜならば、日本は、現在は先進国の一員であるとともに、かつては途上国として大きな海外援助を受け入れ

(212) つつ、また、企業が欧米の技術を導入する際に、欧米とのバーゲニング・ポジション (bargaining position) が実質的に対等でないことから生ずる結果を排除することをも含んで当事者間の均衡論に立つ旧基準を公表した時代を経てきており、技術革新・経済発展を成し遂げたという近代化過程の体験を鑑み、途上国の事情をも比較的良好に理解できる、という位置に立っていると言えるからである。

そこで、経済大国としての日本は、国際政治などの舞台でも、「経済大国」として財布役ではなく調整役の使命を果たすためには、日本に限らず技術革新の成果を国家間の「対決と抗争の用具」にするのではなく、「互惠と互譲」の精神で「よりよい世界の構築に」、積極的に南北間の技術移転を推進させることが極めて重要である。(213)

また、これを行うことは、途上国の技術の習熟効果 (learning by learning, learning by doing) によって自主開発努力を伴い、結果的に、技術従属メカニズムを打ち破る可能性を持つことに連なり、(214) 市場の拡大や競争者の増加などの、日本にとっても長期的に有益になることが多い、と考えられる。(215)

ただしそこで、日本は、異なる経済状況にある南の国との技術取引については、全く先進諸国と同一の視点、法的枠組などから論じる、というようにするのは妥当であるとは言い難いことを先ず考えるべきであろう。

今日、本稿でも繰り返して触れたように、国際法と国内法との相互作用が益々強められてきている。その中で、現代的国際関係の構築への国内法制の漏出・浸透 (spillover) は益々国際法の形成に連なる機能をしている。(216)

そこで、日本は、日本の技術ライセンス規制の国内・国際的技術取引への適用に関する具体的な解釈・運用を自主的・創造的に展開し、積極的に国際的技術ライセンス規制の形成に関する、特に南北間の現代的「合意」に促する「接着剤」的な役割を果たすことが、(217) 国際的に技術ライセンス規制の形成に影響を与えることとなる場合もありうることは異論がないといってもよいであろう。

確かに、「価値が多元的に分裂している国際社会にあつては、正義・公正といった基本的概念そのものが多義的

である」⁽²¹⁸⁾中で、国際的技術移転の分野における「国際公益」の存在は疑わしくまた将来においても「国際公益」が形成され難い、⁽²¹⁹⁾と言わざるをえない理由は、本稿で行った比較法的検討によってもある程度裏付けられていると言えよう。

しかし、現代的技術革新の急激な展開に伴った今日のボーダーレス社会においてこそでは、漸進的に緩慢でありながらも、世界が「知」という創造的財産に対して尊重する価値観を最大限に共有し合い、かつ国際社会の一般利益に合致していく故に相互の利益を保証し合うように、「機能別、専門別の共通利益を越えて、国際協力原則を基礎づけるような『国際社会の一般利益』の観点を確立」⁽²²⁰⁾していく試みないし努力が非常に有益かつ重要である。

この認識を前提にして繰り返して言えば、日本は、積極的に、国際的技術ライセンス規制の形成に関する、特に南北間の現代的「合意」の「接着剤」的な法的役割を果たすことが、世界各国共通の最低限のルール（minimum requirement）としての、国際的技術ライセンス規制（に限らず）の形成にとつては、極めて不可欠な重大な法的貢献となりうると言え、また「相互依存の世界」を同時に「相互繁栄の世界」になるようにすることにも連なると言えよう。

第三節 法政策論の序言的検討の小括

以下において、法政策論の序言的検討を簡単にまとめ、本章を締めくくりたい。

第一に、技術ライセンス規制の展開においては、法政策論的検討を行うことが非常に重要であり必要である。これは、根本的に言えば、現代的技術革新の急激な進展は従来の「経験世界の基準や境界線などを変え」、⁽²²¹⁾限界のない様々の不確実な変化をもたらしており、よって知的財産権の保護される具体的内容自体、または知的財産権の具体的行使形態の変化、などに迫られる時代的な要請である、と考えられる。

すなわち、技術ライセンス規制の展開において、法解釈論的検討のみでは前述した変化には対応しきれず、かえって、技術革新と法的秩序との間に実際性を有する相互作用のない悪循環になるおそれがあり、法の目的を実現することを波乱する可能性を伏在させることになる場合もありうる。⁽²²²⁾そこに、重要な対策の一つとして、法政策論的検討の登場が必要となるのである。

第二に、技術ライセンス規制の展開における法政策論的検討にあたっては、その規制の特質とも関連して、「社会・経済的な問題が『複合的な相互依存』(complex interdependence)に関わる問題となつて」⁽²²³⁾いる、日本の置かれてある国際環境の中で、日本の国内外の一定の時代における技術的・経済的背景をも検討の対象にしておかなければならない。

そこで、最も重要となっているのは、南北間に見られる極大な技術的・経済的格差のある国々の間では、如何にして、「法律意識の反射でしかない法」⁽²²⁴⁾にある共通的な部分を発見し、「競争テスト」と「発展テスト」との調和過程を通じて、国際的技術ライセンス規制の形成に連なる多国間の合意を促しながら、一国の技術ライセンス規制を展開していくべきであるか、ということである。

第三に、技術ライセンス規制に関する法政策論的検討は、技術ライセンス規制の展開のみに必要となっているのではなく、法政策論的検討に基づいて「選択された対策としての(道具的)代替案を実定法の用語に置き直し、実定法体系に整合的に組み込む」⁽²²⁵⁾ことにより、今後は益々増えてくる、技術ライセンス規制を含む技術取引の法規制、ひいては今後の技術法制または技術法学というような新たな法分野の体系的構築・展開にも有益であるように思われる。

このような意味から、本稿での法政策論的検討は真に序言的な検討にすぎず、本稿の課題に関する様々な理論的課題、例えば、法政策論の視点や枠組、またはその方法、さらに法政策論的検討と法解釈論的検討との間のフー

ドバック的な関係構築、などについては、学際的・総合的・創造的に積み重ねて検討していかなければならない、
と言つてもよいであろう。

第五章 結 語

本稿は、技術先進国から発展途上国への技術移転の促進と、発展途上国の独自の技術開発力の向上を図るという問題関心に基づき、一国の技術ライセンス規制の展開と国際的技術ライセンス規制の形成との相互作用という点をも視野に入れ、国際的な技術ライセンス規制のあり方について検討をしようとしたものである。

そのため、米国・日本・中国の関連規制の比較法的考察を通し、また国際的技術ライセンス規制の形成に関連する動態を踏まえ、法解釈論と法政策論とを統合しようとする方法論を念頭に置きながら、日本の技術ライセンス規制の展開の国際的技術ライセンス規制の形成への法的役割をも究明しようという基礎的な検討を行った。

本稿で検討した結果をまとめれば、主として以下の通りである。

(一) 独占禁止法の具体的な運用や知的財産権法の時代的な変貌などは、一国の社会における経済・技術発展の状況変動と緊密に関係している。このため、国際的な技術ライセンス規制は、比較的、常に法的安定性を欠く要素を含み、学際的関連を持つ性格の強いものであり、法政策論的検討を必要とするものである。

(二) 独占禁止法の「公正かつ自由な競争」の促進という基本的理念は技術先進国と発展途上国とに共通する普遍的な目的と理解すべきである。しかし他方で、各国の経済・技術の基本的な政策を背景にした規制が、その国のその時代の経済・技術の実態によって異なるのも認められるべきである。

(三) 米国、日本、中国のそれぞれの国がそれぞれの時代に応じた知的財産権政策及びその一環としての技術ライ

センス規制を展開している。そこで、それぞれの国の規制には構成的・表現的にのみでなく、実質的・機能的にどのような相違点または共通点が存在するかを点検する作業が非常に重要な意義を持つものである。

(四) 米国、日本、中国の関係規制の比較を通して見たように、局部的漸進的ではあるが、現代における技術先進国の「競争テスト」と発展途上国の「発展テスト」との間の調和は機能的にあり得る方向に変遷し始められており、これは将来的に国際的技術ライセンス規制の形成に連なる動向であるように思われる。

(五) 経済のグローバル化に対応した「国際的技術ライセンス規制の形成」が必要である。ただし、現実的な取り組み方の一つとして、一挙に国際法（例えば、条約の締結）の形成を主張するのではなく、日本の国内法を発展途上国との議論の中から相互理解の過程を通じて、徐々に国際的に広めていくことを提言する。

後記 本稿は、平成七年三月に立教大学に提出した博士学位申請論文の一部に、若干の補足・修正を加えたものである。

- (1) 公正取引委員会事務局編集『独占禁止法三十年史』（公正取引委員会事務局、一九七八年）三九頁。
- (2) 独占禁止法適用除外法によるものとは、例えば、食料管理法、中小企業等協同組合法、地方鉄道法などである。また、個別的な法律によって適用除外を明記するものとは、例えば、保険業法、海上運送法、輸出入取引法などである。
- (3) 今日における適用除外制度は、その中のあるものは見直されている（詳細は、公取委事務局編『政府規制等と競争政策に関する研究会報告』（大蔵省印刷局、一九九一年）一頁（検討対象分野）以下参照）が、基本的な枠組は従来通りであると考えられる。
- (4) 紋谷暢男・前掲本稿（上）注（1）四九五頁以下参照。
- (5) 今村成和『独占禁止法』（有斐閣、一九六一年）一六〇頁、同『独占禁止法（新版）』（有斐閣、一九七八年）一九四頁以下、同『独占禁止法入門（第四版）』（有斐閣、一九九四年）五六頁以下。これについて従来より、「必ずしも正確ではない」という指摘もあれば（根岸哲「独占禁止法適用除外規定の位置づけ」公正取引三三〇号（一九六九年）二二頁注⑫参照）、また公益要件との関連から疑問を投げられる指摘もある（金沢良雄「独占禁止法の適用除外の法的性格」石井照久先生追悼『商事法の諸問題』（有斐閣、一九七四年）九三頁―九八頁）。
- (6) 詳細は、公取委事務局編・前掲注（3）一七〇頁以下参照。ここでは、排他的な権利の設定を目的とした特許法などと、独占を排除すること

とを目的とした独占禁止法とは、いづれも自由経済体制の下で事業者の創意工夫を発揮させ、国民経済の発展を図るという同一の目的を志向するものであり、両者は基本的に矛盾するものではない、という考え方が示されている。

(7) 諸学説に対する分類は色々であるが、本稿では、諸学説の適用範囲に関する論述に着目して分類し筆者なりの再整理をしていきたい。この整理方法自体は松山隆英氏の考え方（後掲注（59）六三頁以下）をも参考にしたが、その内容の具体化は同氏のものとは異なる。また、このほかの分類については、今村成和ほか編（紋谷暢男執筆）『注解・経済法』（上巻、青林書院、一九八五年）四九五頁、向田直範「知的財産権と独占禁止法——独占禁止法二三条の解釈について——」『経済法学会年報第一〇号（一九八九年）四七頁以下、根岸哲「知的財産権法と独占禁止法——独占禁止法二三条論覚書」神戸大学経済経営研究年報三八号（一九八九年）（I・II）三七三頁以下、渋谷達紀「工業所有権と取引制限」——

丹宗暁信・厚谷襄児『現代経済法入門（新版）』（法律文化社、一九九一年）二三〇頁、及び最近の文献として、泉水文雄・前掲本稿（上）注（1）、渋谷達紀・前掲本稿（上）注（7）など参照。

(8) 「創設的な適用除外規定説」の詳細については、豊崎光衛『工業所有権（新版・増補）』（有斐閣、一九八〇年）一二九頁以下参照。

(9) 豊崎光衛『工業所有権（新版）』（有斐閣、一九七五年）一二九頁。

(10) 松山隆英・後掲注（59）六二頁。また、知的財産権法が独占禁止法に優先するという点に関連して、次のような見解がある。すなわち、独占禁止法二三条は知的財産権法の法益と独占禁止法の法益を調整する規定であり、その両法のそれぞれの法益とは同一の目的を志向するものであることを前提にして、知的財産権法の法益を優先させることを定めた規定である、というものである。詳細な試論は、原敏弘「独占禁止法第二二三条に関する一考察」公正取引四四二号（一九八七年）三二頁以下参照。

(11) この点については、正田彬「知的財産権と独占禁止法」『経済法学会年報第一〇号（一九八九年）三頁、九頁注③など参照。

(12) 松山隆英・後掲注（59）六三頁。

(13) 正田彬『全訂独占禁止法II』（日本評論社、一九八一年）二二三頁以下、同「知的財産権と独占禁止法」『経済法学会年報第一〇号（一九八九年）二頁以下参照。そこで、同氏が強調しているのは、「むしろ知的財産権が一般財産権以上に保護されるべきものではないことであり、その意味で、知的財産権と一般財産権との競争秩序との関係における等質性」のことである。

(14) 正田彬・前掲注（13）二二五頁。正田彬氏とは異なる視角の検討から、結果的に正田彬氏と同じように「独占禁止法二三条は不必要な規定となるのではないか」という結論を出されたものとして、川口博也「特許権の構造と課題」（三嶺書房、一九八三年）一二六頁以下参照。それによれば、まず、「権利行使」の概念を構成するにあたり、特許権者の正当な法益と独占禁止法上の保護法益を比較衡量すべきであれば、その比較衡量すべき利益は、どのような利益調整基準に基づくべきかという点を挙げる。そして、比較衡量すべきであれば、独占禁止法上の保護法益は、同法の三条、一九条に基づいて判断されるべきことになり、結局、二三条の存在意義は失われているとする。従って、川口博也氏は、独占禁止法二三条の削除・改正という立法的方法によって、独占禁止法二三条の問題を解決するのが妥当である、という説をなされている。さらに、詳論がなされずに正田彬氏の説を支持する見解を表明しているものとして、村上政博・前掲本稿（上）注（62）九四頁参照。

(15) 向田直範・前掲注（7）四八頁、松山隆英・後掲注（59）六三頁、渋谷達紀・前掲本稿（上）注（7）六〇九頁など参照。

- (16) 稗貫俊文「知的財産権と独占禁止法」(有斐閣、一九九四年)一四頁。
- (17) 稗貫俊文・前掲注(16)一四頁。
- (18) 来生新・前掲本稿(上)注(4)二六九頁。
- (19) 稗貫俊文・前掲注(16)五五頁、根岸哲・前掲注(7)三七四頁—三七五頁、及び松山隆英・後掲注(59)六三頁。
- (20) 本稿では、序論で述べた「本稿の目的」から、技術の特質、技術取引の特質などに関しての検討は割愛した。
- (21) この説の具体的内容は、渋谷達紀「技術取引契約に関する運用規程について」経済法学会年報第一〇号(一九八九年)七五頁以下、同「特許と独占禁止法——運用規程について」パテント(一九九一年)六頁以下、及び同氏による最近の論述として、同「特許法と独占禁止法」前掲本稿(上)注(7)五八八頁以下など参照。
- (22) 根岸哲・前掲注(7)三七三頁、稗貫俊文・前掲注(16)一六頁以下(初出「競争秩序維持と知的財産権の保護の均衡」特許研究五号(一九八八年)六頁以下)、原敏弘・前掲注(10)三二頁。
- (23) 正田彬「知的財産権と独占禁止法」前掲注(13)経済法学会年報第一〇号(一九八九年)一八頁、稗貫俊文「知的財産法と独占禁止法」経済法学会年報第一号(一九九〇年・平成元年度シンポジウムの記録)一〇八頁以下、正田彬氏の発言参照。これについて渋谷達紀氏の反論は、同「特許法と独占禁止法」前掲本稿(上)注(7)五八九頁—五九一頁参照(本稿は私的独占ではなく、不公正な取引方法と知的財産権との関係から検討するものである、これを省略する)。
- (24) 有賀美智子「実施契約と独占禁止法」永田大二郎編・前掲本稿(上)注(51)三二八頁—三三五頁参照。
- (25) 紋谷暢男・前掲本稿(上)注(1)三〇八頁以下参照。今日においても、同氏の見解は基本的に変わりがないと理解できよう(紋谷暢男「知的財産権と独占禁止法をめぐる最近の動向」公正取引五三二号(一九九五年)七頁以下参照)。
- (26) 根岸哲・前掲本稿(上)注(4)三〇頁。
- (27) 根岸哲・前掲本稿(上)注(4)二八頁以下、同「知的財産権法と独占禁止法——ライセンス契約を中心として——」自由と正義一号(一九八九年)二九頁以下参照。
- (28) 渋谷達紀・前掲注(7)二二五頁。
- (29) ただし、このことは、特に「特別法と一般法とするなら、特別法たる知的財産権法が変わると、従来独占禁止法で規制できた行為も規制できないことになる」(向田直範・前掲注(7)五〇頁)ということとは、別の問題である。
- (30) 向田直範・前掲注(7)五〇頁。
- (31) 来生新・前掲本稿(上)注(4)二七二頁以下。同氏によれば、市場には資源配分の効率性を実現するための二つの機能がある。すなわち、動態的な資源配分の効率性を実現する機能と静態的な資源配分の効率性を実現する機能である。知的財産権法が、市場による資源配分の効率性を確保するための一つの制度であり、しかも、それは資源配分の静態的効率性の確保には直接に関心のない制度である。これに対して独占禁止法は、行政的規制で市場の静態的効率性を実現するための制度である。この意味において、知的財産権法と独占禁止法とは異なる理念に立

つ法律なのである、という。

(32) 稗貫俊文・前掲注(16) 四八頁。また、この説を「不正競争防止説」又は「法益不侵害説」とも言われる。

(33) 稗貫俊文・前掲注(16) 四八頁以下（初出・同氏による最初にこのような議論を展開した論文として、同「競争秩序維持と知的財産権の保護の均衡」特許研究五号（一九八八年）六頁以下、同「独禁法再論——不正競争と公正かつ自由な競争」金沢法学（一九八九年）一頁以下、など）参照。

(34) 向田直範・前掲注(7) 五一頁。

(35) 来生新・前掲本稿（上）注(4) 二七六頁以下。

(36) 泉水文雄・前掲本稿（上）注(1) 一五一頁—一五三頁、同「知的財産権のライセンスと価格制限——権利範囲論の再検討——」川又良也先生還暦記念『商法・経済法の諸問題』（商事法務研究会、一九九四年）六二七頁—六二八頁、六五四頁—六五九頁参照。

(37) この比較衡量の考え方は、米国の判例を参考にした上で、知的財産権法と独占禁止法との法益の比較衡量を必要とするという、川口博也氏によつて提起されたものである（詳細は、川口博也・前掲注(14) 一〇三頁—一二九頁など参照）。しかし、抽象的に述べる限りで達成可能のように見えても、実際には比較の具体的な基準定立などが非常に困難であり、その見通しが立てられなかった（稗貫俊文・前掲注(16)「はしがき」参照）とも指摘されている。

また、この説の考え方は、技術ライセンス規制に関する米国司法省の新ガイドライン（Department of Justice, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, November 10, 1988. 以下「Guideline 1988」と略称）の考え方と似ている部分もある、と思われる（同ガイドラインに關するの米国司法省反トラスト局長 Charles F. Rule による講演と、野木村忠邦氏による同ガイドラインの全訳は、国際商事法務（一九八九年）二号一一一頁以下、三号二七三頁以下参照）。

(38) 泉水文雄・前掲本稿（上）注(1) 一四四頁以下参照。

(39) 同氏は、独占禁止法二三条は「ある行為が知的財産権法上の保護を受ける行為かどうか（正当な権利行使なのか、権利濫用に当たらないのか）だけを判断する」第一段階の審査と、そこで保護を受けないとされる行為（独占禁止法の適用除外を受けない行為）について、それを直ちに違法とするのではなく、「独占禁止法に違反するかどうかを」改めて判断する第二段階の審査との二段階を予定しているものであるとする。

(40) 来生新・前掲本稿（上）注(4) 二八〇頁以下参照。

(41) このほかにも、米国、EC、ドイツの同問題に関する学説、判例を比較法的に紹介しながら、さまざまな角度から従来より数多くの議論がなされている。例えば、先駆的な研究としての、有賀美智子「独禁法と特許法との接触についての国内的・国際的諸問題」原増司退官記念『工業所有権の基本問題（上）』（有斐閣、一九七一年）二五頁以下、のほか、篠田四郎・前掲本稿（上）注(8) 三九七頁以下、稗貫俊文「知的財産法と独占禁止法」（平成元年度シンポジウムの記録）経済法学会年報第一号（一九九〇年）一〇三頁以下、白石忠志・前掲本稿（上）注(1) 一五頁以下、小原喜雄「国際的技術移転と法規制」（日本評論社、一九九五年）九九頁—一二三頁など参照。

また、再整理を行う際には、各説間での対立する部分又は異なる部分をめぐる議論を中心にみてきたが、通説である確認的適用説の諸説の間

では、ある点に限ってはいくつかの説に共通している点もある。具体的には、例えば、泉水文雄・前掲本稿（上）注（1）一三三頁以下、渋谷達紀・前掲本稿（上）注（7）六〇八頁以下、など参照。

（42）本稿では、序論で述べた「本稿の目的」から、確認的適用説自体の限界、法解釈論的検討の限界、及び法解釈論の展開の方向などについての検討は割愛した。

（43）播磨良承「特許権の本質論考究の一方法論——その一試論の展開——」同『知的所有権法の基本的課題』（近畿大学産業法律情報研究所、一九九〇年）一六頁参照。

（44）これは、有賀美智子「実施契約と独占禁止法」永田大二郎・前掲本稿（上）注（51）三三四頁、の比喩的見解である。

（45）中山信弘『工業所有権法（上）特許法』（弘文堂、一九九三年）二八二頁—二八三頁参照。もともと、経済関係法は、「ある固定した点と点との関係を規定するものではなく、「大抵の場合、位置の変化しつつある点と点との関係を規定するものである」（Benjamin N. ardose, (守屋善輝訳)『法律学上の矛盾対立』（中央大学出版社、一九七四年再版）一八頁以下）。

（46）この点に関する審決例のリストなどについては、川井克委・前掲注、四五七頁—四六八頁参照。

（47）第一項に列挙されている行為類型は、具体的に以下のものである。

1 特許製品または実用新案製品（以下「特許製品など」という。）について、実施権者による輸出しうる地域を制限すること。
ただし、次に掲げる①、②または③の一に該当する場合を除く。

①実施権者による輸出が制限されている地域（以下「制限地域」という。）において、許諾者が特許権などを登録している場合

②許諾者が、制限地域において特許製品などについて、経常的な販売活動を行っている場合

③許諾者が、制限地域を、第三者の独占的販売地域として認めている場合

2 特許製品などについて実施権者の輸出価格もしくは輸出数量を制限し、または許諾者もしくは許諾者が指定する者を通じて輸出する義務を課すこと。

ただし、前号①、②または③の一に該当する地域を輸出地域として認める場合であつて、その制限または義務の内容が合理的な範囲内にとどまるときを除く。

3 競争品の取扱いまたは競争技術の採用を制限すること。

ただし、実施権者に独占的実施権を許諾する場合であつて、実施権者が既に取り扱っている製品または既に実施している技術を制限しない場合を除く。

4 原材料、部品などを許諾者または許諾者が指定する者から購入する義務を課すこと。

5 特許製品などについて、許諾者または許諾者が指定する者を通じて販売する義務を課すこと。

6 特許製品などの国内における再販売価格を制限すること。

7 契約対象技術について実施権者が獲得した知識もしくは経験を許諾者に報告する義務または実施権者による改良発明、応用発明などにつ

いて許諾者にその権利を帰属させもしくはその実施権を与える義務を課すこと。

ただし、許諾者が同種の義務を負担し、かつ、その内容において均衡がとれている場合を除く。

8 契約対象技術を使用しない製品について実施料を課すこと。

9 原材料、部品などの品質または特許製品などの品質を制限すること。

ただし、登録商標の信用または契約対象技術の効用を確保するために必要な場合を除く。

(48) 第三項に列挙されている行為類型は、具体的に以下のものである。

1 製造・使用・販売などを区分して実施権を許諾すること。

2 特許権などの有効期間中において期間を限って実施権を許諾し、または特許権などの有効な地域内において地域を区分して実施権を許諾すること。

3 特許製品などの製造を一定の技術分野に制限しまたはその販売を一定の販売分野に制限すること。

4 特許方法の使用を一定の技術分野に制限すること。

5 特許製品などの製造数量、販売数量または特許方法の使用回数を制限すること。

(49) 稗貫俊文・前掲注(16)一七七頁以下、根岸哲「知的財産権法と独占禁止法——ライセンス契約を中心として——」前掲注(27)三一頁以下を参照。

(50) 旧基準において当事者間の均衡論に立つことは、すなわち、バーゲニング・ポジション(Bargaining position)が実質的に対等でないことから生ずる結果を排除することをも「公正な競争の内容の一つとして」含むことは、「日本の独占禁止法の一つの特色である」と言われている(川井克委『国際的契約と独占禁止法』(国際商事法研究所、一九七八年)七頁)。旧基準の解説については、同氏の同著書の六九頁以下参照。

(51) 株式会社ヤクルト本社に対する件は、昭和四十年(勅)第九号(公正取引委員会審決集十三、一九六七年)七二頁以下、日本コンクリート工業株式会社ほか五名に対する件は、昭和四十五年(勅)第二十五号(公正取引委員会審決集十七、一九七一年)八六頁以下参照。

(52) ヤクルト事件は、株式会社ヤクルト本社が保有している、発酵乳の製法に関する特許権及び「生菌ヤクルト」の商標権、の行使に関わる問題である。ヤクルト本社は、ヤクルトの流通機構を確立するため、加工業者との技術ライセンス契約において、以下のような趣旨の規定を設け、それを実施していた。

①加工業者は、ヤクルト本社と、小売価格、小売地域及び小売数量の遵守ならびに競争商品の販売禁止を内容に含む小売契約を締結した者以外の者に、ヤクルトを販売してはならない、②加工業者は、小売契約において定められた小売価格及び小売地域を、小売業者に守らせなければならない。

公取委は、ヤクルト本社のそれらの「制限条項を課した行為は、特許法または商標法による権利の行使とは認められないものであり、「正当な理由がないのに、加工業者と小売業者との取引を拘束する条件をつけて」いるものとして、「不公平な取引方法の八に該当し、私的独占禁

止法第十九条の規定に違反するものである」と審決した。

この審決は、具体的にどのような考慮を経た上で結論に達したのか、が明らかにされていないと指摘されており、そこで幾つかの議論がなされているものの（例えば、小原喜雄「ヤクルトの再販売価格等維持事件」公正取引（一九六七年）二〇〇号四二頁—四五頁、紋谷暢男「特許製品の再販売価格など維持行為」ジュリスト別冊（一九七〇年）一〇二頁—一〇三頁、渋谷達紀「特許と独占禁止法——ヤクルト事件を中心に」公正取引（一九八〇年）三六〇号二頁以下参照）、その審決の結論には異論がないといつてよいであろう。

また、コンクリート事件は、日本コンクリート工業株式会社ほか五名がそれぞれ所有している、パイル製造にかかわる有力な特許権及び実用新案権の行使に関わる問題である。日本コンクリートほか五名は、各社の代表者の会合を開催し、パイル市場安定策について協議したが、その結果以下の決定を行った。

①各社のパイルの出荷比率を取り決め、販売数量を決めること。：各社がパイル製造に関する技術供与を行う場合は、技術供与契約において、日本コンクリートほか五名の決定する市場安定策を遵守することを条件とすること。②各社別の出荷比率を定めるとともに、技術供与をする場合には、前項のことに加えて、日本コンクリートほか五名全員の承諾をえた上で行うこと、など。

公取委は、日本コンクリートほか五名は、「共同して、：各社の技術供与を含めた出荷比率及び引合の割当方法ならびに技術供与に関する条件を決定し、実施しており、これは、公共の利益に反して、：パイルの販売分野における競争を実質的に制限しているもの」として、「私的独占禁止法第二条第六項に規定する不当取引制限に該当し、同法第三条後段の規定に違反するものである」と審決した。

この審決に対しては、それほど議論されていないようであるが、「技術供与に関する制限は行為類型としてはいわゆるカルテルとは若干性格を異にすることが注意されなければならない」との指摘がなされている（松下満雄「出荷比率、技術供与条件の制限と不当取引制限」ジュリスト（一九七〇年・臨時増刊）二〇六頁）。

(53) ECの三分法とは、ECの特許ライセンス規則及びノウハウ・ライセンス規則において、第一条でローマ条約八五条三項に基づき同一項の適用を除外される灰色条項を、第二条で一般的に競争制限的でない白条項を、第三条でローマ条約八五条一項に違反するおそれのある黒条項を列挙しているものをいう。

従って、新基準三分法は方法的にECの三分法と似ているが、内容的には異なる（VALENTINE KORAN 有賀美智子監訳『EC競争法概説』（商事法務研究会、一九八八年）一三五頁以下、村上政博『EC競争法「EU競争法」』（弘文堂、一九九五年）六〇頁以下参照）。また、一九九四年九月三〇日、EC特許ライセンス規則とECノウハウライセンス規則とを実質的に統合して一本化する、EC技術ライセンス契約一括適用除外規則仮草案が公表されたが、一九九五年三月現在のところでは、それがまだ発効となっていない。

本稿では、EC競争法の三分法の詳細と、内容的に「相当大きな変更を加えようとしている」と言われる仮草案の詳細については触れないことにするが、後者については以下の関係資料を挙げておきたい。柴崎洋一「一定の範疇に属する技術移転契約について条約の第八五条第三項を適用する一九九四年九月三〇日のEC委員会規則の仮草案」国際商事法務一一号（一九九四年）一二三六頁以下、及び根岸哲「EC技術ライセンス契約一括適用除外規則仮草案」公正取引五三二号（一九九五年）一七頁以下。

(54) すなわちそれは、①商標などの使用義務、②一括実施許諾、③一方的解約条項、④不競争義務、⑤販売価格の制限、⑥特許権消滅後の使用期限または実施支払い義務、⑦研究開発の制限、というものである。

(55) テコの理論 (Leverage theory) とは、ある市場における独占力を他の市場に及ぼすことに伴う競争減殺に関する理論である。上杉秋則「特許・ノウハウライセンス運用規程をめぐると論点」(上) NBL四二二号(一九八九年) 七頁参照。

(56) 根岸哲「公取委・技術ライセンス契約運用規程——六八年規程と八九年規程の連続性と不連続性——」神戸法学年報七号(一九九一年) 八〇頁、根岸哲ほか・前掲本稿(上) 注(9) 三三頁、上杉秋則氏の発言参照。

(57) 上杉秋則・前掲注(5) 一二二頁以下、根岸哲ほか・本稿(上) 注(9) 三五頁以下。上杉秋則の説明によれば、現時点で具体的に「特段の正当化事由」を類型化することは困難であるが、特段の正当化事由とは、黒条項に該当するような制限を課すことが、ライセンスサーにとってみれば不可欠であると考えられ、かかる制限なしではライセンスサーにとってライセンスを許諾するインセンティブが減殺される場合もありうるものと考えられる、というような場合に当たるとする事由である。

(58) 上杉秋則氏の発言、根岸哲ほか・前掲本稿(上) 注(9) 三六頁。

(59) 日本経済新聞社一九九四年二月十八日付朝刊の報道、及びこの事例の詳細な事実関係等については、松山隆英「特許権等の権利行使と独占禁止法——日本かいわれ協会に対する警告事件の解説——」公正取引五二四号(一九九四年) 五八頁—六〇頁参照。

(60) 松山隆英・前掲注(59) 六一頁。該事例では、日本かいわれ協会が、株式会社積水化成工業ら四社の共同所有にかかる特許権等の専用実施権のライセンスを受け、これの通常実施権を協会員にライセンスすることにより、これを利用して実質的に協会員のかいわれ大根の生産数量の上限を定めようと、協会員が使用するかいわれ大根の出荷用のシングルカップの購入価格及び購入先とを制限しようとしたこととした。

公取委は、昨年二月十七日に日本かいわれ協会に対し、協会員のかいわれ大根の生産数量の上限を定めようとした行為、及び協会員が購入する資材の購入先、購入価格などを制限した行為が、独占禁止法八条一項に違反するおそれがあるものであるとして、違反被疑行為を排除するために必要な措置を採ることを求めるとともに、今後このような行為を行わないよう嚴重に警告した。

(61) 白石忠志・前掲本稿(上) 注(1) 二〇頁。同氏は、そこで、特に「規程」なる用語を独占禁止法に関連してのみ用いているのは、禁止するという語感を持つ「規制」のみによって同氏の設定した課題が解決されるわけではないことを強調するためにほかならない、と述べている。

(62) 白石忠志・前掲本稿(上) 注(1) 五頁及び一〇頁にある注⑩の同氏の感觸参照。

(63) 増田裕司「日本の経済と技術の新段階」経済評論六号(一九八一年) 二頁以下、島田春樹「経済発展と専利制度」発明と専利四号(一九八四年) 一頁以下。

(64) 詳細は、川井克委「國際的契約と独占禁止法」(商事法務研究会、一九七八年) 三頁—七頁参照。また技術を導入しようとする際の「技術選択」については、大塚勝夫「経済発展と技術選択」(文真堂、一九九〇年) 二二七頁。

(65) 川井克委・前掲注(64) 四頁。

- (66) 川井克委・前掲注(64)七頁。
- (67) もともと、技術ライセンス規制は実質的にライセンスを保護する制度として働くものである、という見解がある。その詳細は、村上政博・前掲注(77)一五〇頁。
- (68) 日本は国際的技術導入契約における制限条項に対し、一九六七年、それまでの形式的な外資法による事前の審査と、独占禁止法による事後の審査という二重の審査を緩和し、前者の外資法による事前審査の制度を廃止し、後者のみを残した。また外資法との関連を踏まえて旧基準の作成経緯についての説明は、川井克委・前掲注(64)四六九頁―七三頁参照。
- (69) 但し、改良技術であるかどうかをめぐるのは日米間の法的見解がズレがある。これに関する日米間の論争は、いわゆる「日米間の知的財産権戦争」の戦場の一つである。これを考察するのは本稿の課題を越えるためここで省略する(前掲本稿(上)注(173)のDavid H. Brandin and Michael A. Harrison氏や大森陽一氏及び塩入る明氏の著書など参照)。
- (70) これを論じる一例として、児玉信次郎「待たれる自己技術の開発——これからが真の技術革新時代——」国際経済一二号(一九六七年)九四頁―九七頁参照。
- (71) 国際知的所有権研究グループ(中山信弘ほか)『国際化時代の知的所有権——世界の潮流は今——』(日刊工業新聞社、一九八八年)三三頁以下、Justin L. Bloom, JAPAN AS A SCIENTIFIC AND TECHNOLOGICAL SUPERPOWER, 1990. 前掲本稿(上)注(174)も参照。また今日、ハイテク(またはハイテクノロジ、high technology)に関する定義(またはその範囲)については必ずしも統一されたとは言えなく、ここでは広義的に、マイクロエレクトロニクス、バイオテクノロジ、コンピュータ通信、新素材、などといった「高度の技術」を指すことにする。
- (72) 高橋元「経済の変化と競争政策」公正取引四四〇号(一九八七年)六頁以下、日本特許管理委員会「日本企業の国際化に伴う知的財産権の有効かつ適正な活用について」特許管理七号(一九八七年)八四七頁以下参照。
- (73) この点について新基準自体は明言していないが、日本の新基準である以上は明言しないのも理解できないことではない。しかし、その点を否定することはできないであろう。
- (74) 一九四九年新中国が成立した後、一九五〇年八月に「発明権と特許権を保障する暫定令」が公布され、一九五四年五月に「生産発明、技術改良及び合理化建議に関する暫定令」が公布された。そして、それらの改正したものとして、一九六三年一月に新たに「発明奨励令」と「技術改良令」とが公布された。これらの法規の公布・施行されることによって、多くの成果が挙げられてきたという(陳美章『知識産権教程』専利文献出版社、一九九三年)三五頁)。
- (75) 中国において重要な法学用語としての「経済法」は、通説的に日本の独占禁止法を中心とする一法分野ないし法分科を意味するものではなく、日本では民法や商法また知的財産権法や国際取引法などのそれぞれに属される経済契約法、金融法、会社法、特許法、涉外経済法などをも含んでいる一法分野ないし法分科を指す。中国においてこれに関する文献は大変多いので、代表的な例として、劉隆享『経済法概論』(北京大學出版社、一九八四年)一〇九頁、梁慧星『經濟法律關係論』同『中國民法經濟法諸問題』(法律出版社、一九九一年)三三四頁、三四二頁が

ある（関連的に、拙稿「同じように漢字を使っている国でも」パテント一号（一九九六年）八〇頁以下参照）。

これは、中国における政治的・経済的事情によるものであるとも考えられ、中国の大学の法学部のほとんどは法律学科と経済法学科とを設けている理由である（関連的に、野村浩一「中国の法学研究」ジュリスト八七七号（一九八七年）三九頁参照）。今日、社会主義的市場経済の進捗に伴って、現代中国法の法体系を徹底的に再編成する動きが始められてはいるが、基本的な枠組は現在なお従来通りであると言える。このようなことから、本稿では日本という経済法よりは内容的に異なり特に範囲が広いという意味で、中国語の「経済法」を日本語の「経済関係法」に訳す（故金沢良雄「経済関係法の解説」法律時報八号（一九四九年）二五頁—三一頁をも参照）。

(76) この「中国競争法」及び競争法制の展開について、簡単に概観してから日中比較を通じて紹介している資料の一つとして、拙稿「中国競争法（反不正当竞争法）」について——「不正当竞争行為」を中心にして——「公正取引五二〇号（一九九四年）五三頁以下参照。また、日本では、中国反不正当竞争法に関する筆者以外の報道・紹介の中では、中国「不正競争防止法」として称されているものもあるが、日本や諸外国における「不正競争防止法」とは明らかに異なる内容も多いので、日本において適切な訳語としては言い難いように思われる。これは、米国法の *misuse* を日本法の「濫用」と訳されることが適切な訳語でないこと（前掲本稿（上）注（1）、などとは同じような理由によることである、と言えらる。

(77) 糸賀了・石田舜規・永津憲明『中国ビジネスハンドブック』（東洋経済新報社、一九九〇年）二四五頁、二四六頁。

(78) 郭寿康『国際技術轉讓』（法律出版社、一九八九年）一二頁—一四頁、徐申民「中国における国際ライセンス」AIPPI七号（一九八九年）三九四頁—四一〇頁。

(79) ただし、中国特許法の保護対象は、日本という実用新案権や意匠権をも含んでいる、と同法二条に定められている。勿論、それらの権利要件はそれぞれが異なる。

(80) 差し当たり、中国語の「管理条例」を日本語の「管理令」に訳したのは次の理由による。中国において法規の一つとして「条例」という用語は、日本でいう「地方公共団体がその自治立法権に基づいて制定するもの」（藤木英雄・金子宏・新堂幸司『法律学小辞典』有斐閣、一九九〇年、四九一頁）に限らず、国家の総理府（中国語「國務院」）を含む行政機関が法律などに基づいて、全国を対象にして拘束力を有するものを制定する場合にも用いられるからである（林修三『法令用語の常識』日本評論社、一九九三年第三版第一六刷）一八頁も参照）。

(81) 同法に関する簡単な紹介や全訳については、拙稿「中国対外貿易法について」国際商事法務四号（一九九六年）四〇七頁以下参照。

(82) この法的構成は、外形的にも内容的にも途上国の、特にメキシコの一九七二年十二月三〇日に公布された「メキシコ技術移転法」と似ている点が多い、と言われている（王震宇ほか『国際商習慣例漫談』（地震出版社、一九九三年）一八七頁以下参照）。

(83) これは、中国の企業は外国への技術移転がないわけでもないが、まだ時間的にも規模的にもそれほどではなく、技術輸出の体系自体が検討されているところであったことによるからである。郭寿康・前掲注（78）一三〇頁以下参照。

(84) 中国における法的形態は、一般に次のように分類されている。即ち、①憲法、②法律、③國務院の行政法規及びその他の規範的条例（本稿では「令」と訳す）など、④地方の行政法規及びその他の規範的条例など、⑤少数民族の民族自治法規及びその他の規範的条例など、⑥國際条

約、などである。詳細については、北京大学法律系編『法学基礎理論（新編本）』（北京大学出版社、一九八九年）三五九頁以下参照。

(85) この点に関し有益な参考となる論文の一例として、Jerome Alan Cohen and David G. Pierce, Legal Aspects of Licensing Technology, CHINA PATENTS & TRADEMARKS, No. 1, pp. 45-49. (1989) 参照。

(86) これに対し、特に⑧の契約期間満了後も引き続き導入技術を使用しようとの趣旨は今後問題となる、と日本の実務家に指摘されている。中島敏「補遺・中国技術導入契約管理条例の公布にあたって」日中経済法律センター会報（一九八五年）二六頁。

(87) 孫泊生・楊金棋「中華人民共和国技術合同法譯釈」（人民法院出版社、一九九四年）一頁以下（本書は中国最高裁判所と北京高等裁判所との知的財産権関係の裁判官によって執筆されたものであり、技術契約法の逐条解説を行いながら、関係法律や法規、さらに行政機関の關係政策などをも併せて示すのが特徴である）。なお、中国において新たな法学領域の一つとして確立されたと言われる、中国科学技術法については、それを概観する資料の一つとして、拙稿「中国における科学技術法の成立及びその立法動向(1)——日本における技術革新に対応する法的動態と比較して——」パテント四号（一九九三年）一一八頁—一二五頁参照。

(88) 詳細な説明は、孫泊生・楊金棋・前掲注(87)二二〇頁—二二六頁。

(89) 詳細な説明は、孫泊生・楊金棋・前掲注(87)二二〇頁—二二二頁。

(90) 例えば、代表的な例として、王鉄崖・魏敏「國際法」（法律出版社、一九八一年）四一三頁—四三六頁、後掲注(91)董世忠氏の論文、及び後掲注(94)諸氏の論文が挙げられる。

(91) 董世忠「技術引進合同中的限制性條款」中国國際經濟法研究会編『國際經濟法專題論文集』（商務印刷、一九八四年）一四一頁以下参照。

(92) 董世忠・前掲注(91)の論文。

(93) 詳細は、董世忠・前掲注(91)の論文を参照。

(94) 例えば、姚梅鎮「國際投資的法律保護」中国國際經濟法研究会編『國際經濟法專題論文集』（商務印刷、一九八四年）五五頁—五六頁、方之寅「對限制性商業行為的管制」（同論文集）五三〇頁—五三四頁、及び盛愉・魏家拘「國際法新領域簡論」（吉林人民出版社、一九八四年）七二頁—七七頁。

(95) 管理令は、一方では禁止されるべき代表的な九項目の制限条項を、限定的ではなく、例示的に列挙したのであるが、他方ではこの九項目の制限条項に属するものであっても、「特別の許可」が得られればそれが契約に含まれる場合もありうる、との立場を表明したので、かような制限条項が適法かどうかの最終的な法的判断は、実質的にケース・バイ・ケースによることになるのである。

(96) 孫泊生・楊金棋・前掲注(87)四頁、二二二頁—二二三頁。

(97) 詳細は、孫泊生・楊金棋・前掲注(87)二二二頁—二二三頁。これは、形式的には中国最高裁判所などの裁判官の私的見解ではあるが、実質的には実務への及ぼす影響が極めて大きい。

(98) 徐孟州等「市場競争的法律調整与对策」（中国政法大学出版社、一九九三年）一七頁以下（本書は中国の國家級社会科学重点研究の一つとしての研究成果である）、曹天占等「現代競争法的理論与实践」（法律出版社、一九九三年）一四七頁以下、拙稿「淺議市場經濟与競争法制」人

民日報（海外版）一九九二年十二月十八日、及び、中国北京大学と中国人民大学との若手先生による「社会主義的市場經濟与法学新課題研討会」での観点（光明日報一九九三年六月二日）など。

(99) 雷体華「論促進科学技术進步中政府行為的規範化」科技与法律五号（一九九二年）十五頁以下。また、日本での技術ライセンス規制に関する議論を簡単に紹介しこの問題提起をしたものとして、拙稿「試探中国科技法之邊緣効応的縱橫接点」中国科協首届海内外青年學術年會論文委員會編『中国科協首届青年學術年會論文集』（中国科協出版社、一九九二年）四一頁以下。なお、特許権と競争法との關係に触れたものの例として、徐孟州等・前掲注（98）一三九頁—一四二頁、曹天占等・前掲注（98）二八七頁—二八八頁参照。

(100) 吳儀女史（中国對外經濟貿易合作相）の談話「對外貿易法制化的良好開端」法制日報一九九四年五月十五日、馮大同「『外貿法』是我国對外貿易的基本法」國際貿易問題八号（一九九四年）二頁。

(101) 林修三ほか共編『法令用語辞典』（学陽書房、一九九一年）一二二頁、浅野直人「環境基本法の成立と今後の課題」法律のひろば（一九九四年）四頁注（1）参照。

(102) もともと中国においては、先に中国通商法を制定するか、あるいは管理令を改正するか、という議論があった（魏啓学「中国における技術經濟立法の動向」一九九三年十二月十七日、日本弁理士会館にての講演）。

(103) 中国語の「公平競争」を日本語の「公正な競争」に訳せず差し当たって「公平な競争」に訳したのは、「公平競争」（これについて極く簡単な説明は、張玲・劉茂林『中外反不正当竞争法律問題指南』（中国政法大学出版社、一九九四年）一〇頁）と「公正な競争」とは要旨から言えればほぼ同一である部分も大きいであるようにも思われるが、中国對外貿易法についての公権解釈がまだないため、原語を尊重したいからである。

(104) 前掲本稿（上）注（59）参照。

(105) もともと、必ずしも中国對外貿易法との関連からではないが、近年の中国において、管理令には色々な問題点があつてその改正を行わなければならない、と指摘した論文は、例えば、李小偉「關於修改『技術引進管理条例』若干問題的探討」國際貿易問題五号（一九九三年）五一頁以下、薛德明「國際技術轉讓中的法律適用問題——兼論我国有関立法規定」四号（一九九四年）二二頁以下、などがある。

(106) 基本特許（basic patent, dominant patent）は改良特許（improvements）または派生特許（subservient patent）に对称的な技術であり、「新しい技術の基礎となる」ものである（塩入明・前掲本稿（上）注（173）三三頁。この意味で基本特許は「技術の母」であるように私は考えている）。このため、一国は基本特許をどれほど持つているかがその国の根本的な技術の実力を示すことになるのである。日本で基本特許という言葉がマスコミにまでしばしば用いられることになったのは、やはり日米間の知的財産権戦争に由来するのである。

(107) 一九九二年までの統計分析については、游光榮「中国專利潮」光明日報一九九三年一月五日参照。それによれば、中国で現代的重要な領域の發明特許のほとんどは外国の權利者に占められている、という深刻である。

(108) これは技術ライセンス規制の展開の背景というより、むしろその時代の社会的な技術的・經濟的諸政策の展開の重要な背景の一つであるというべきである。これに関する一考察として、拙稿「中国・日本・美国三国科技政策及法制之動態的比較研究」科学学与科学技术管理一号（一

九九三年) 三九頁以下参照。

(109) 中国は一九七〇年代の前半に、二〇年から三〇年と言われる先進国との格差を抱える中、そこでは二〇〇〇年をめざして農業、工業、科学技術、軍事技術の「四つの現代化」(日本の近代化に相当する) が目標とされた。

(110) 一般企業のレベルでは、一九八〇年代に入ってからこのような認識が大きく変わっていないようである。この点は一九八〇年代中頃に行われた日本外務省が主とする「日本企業の対中技術移転の調査結果」では、日本企業がなぜ対中技術移転には慎重であるかの理由の一つとしてまとめられている(調査結果の要点は、日本経済新聞一九八六年一月六日付夕刊参照)。

(111) もっとも、中国は軍事技術を中心とする先端技術においては、既に超音速戦闘機を開発・生産し、またミサイルを装備した原子力潜水艦を保有し、「長征ロケット」の打ち上げ能力では日本のそれを上回っており、米国の通信衛星の打ち上げ契約を採り、商業衛星の打ち上げ市場に参入しようとしているなど、その現代化を進めている。

(112) 第七次五か年計画期間においては、中国の技術導入の重点は、既存企業の技術改造、輸出品の生産能力の向上及び代替品の生産などに役に立つ技術や設備の導入に置かれた。そこでは、技術ライセンスによる生産の方式などが中国への技術移転の主な方式となっており、このような生産方式は現在なお歓迎されている。そして、第八次五か年計画の期間(一九九一年―一九九五年)に入った今日、また、今後も、中国は「いろいろな計画の見直し段階にあるが、それは『四つの現代化』そのものの見直しではない」と強調されている。そのため、技術導入に関するあらゆる面での環境整備が一層推進されるであろうと思われる。詳細については、魏啓学「中国への技術移転について」パテント九号(一九九一年)七九頁以下、二〇〇〇年の中国「研究小組「走向二〇〇〇年の総体戦略」人民日報、一九八五年一月二五日、一二月二九日、一九九一年一月二五日参照。

(113) 指導者講話「鄧小平論科学技術」及び「江澤民論科学技術」中国科学技術協会「現代化」(中国科学技術協会出版社、一九九一年)一頁以下、宦郷「緊張緩和、競争共存の時代」小林弘二編「中国の世界認識と開発戦略(関係論文資料集)」(アジア経済出版社、一九八九年)一八九頁以下など参照。

(114) 平覚「国家貿易とGATT」貿易と関税二号(一九九〇年)二六頁。

(115) これはやや古いではあるが一九九四年現在、しかも部分的対外通商権を持つ十万余りの外国投資企業の数を入れていない統計の結果である。これからの数字は益々増える一方になると予測されよう。

(116) 中国は国際経済の世界に復帰すればするほど、米国を中心とする先進国からの種々の圧力がかけられ、それを耐えながらグローバルな経済の中で競争していかざるをえなくなってきた故に自然にあることである、といってもよいであろう。

(117) また米国では、一般にかような制限条項とは、特許ライセンス契約において、ライセンスサーがライセンスシーに対し、①特許を使用して製品を製造するに当たり、特許でカバーできない原材料・部品をライセンスサーなどから購入し使用することを義務づけること、②特許製品の販売(又は賃貸)に際して、特許製品の購入者(又は賃借人)に対して特許でカバーできない他製品を購入し使用することを義務づけること、というように大別される。

- (118) James R. Loftis, *Annual Review of 1992 Antitrust Law developments*, Volume 1, p. 173. (1993). 抱き合わせは、タイイン (tying) 商品 (抱き合わせる商品でこの場合は特許製品) 市場において、売り手が買い手にタイド (tied) 商品 (抱き合わされる商品) の購入を強制できる程度の十分な経済力 (sufficient economic power) もしくは市場支配力 (market power) を有しており、かつ、その抱き合わせによってタイド商品市場におけるかなりの量の (not insubstantial amount) 取引・商売が閉鎖されるときに、原則として当然違法となる。
- (119) 本節の判例理論の款で触れた判例のほか、現在のところ一番新しい判例としては *Grid Systems Corp. v. Texas Instruments Inc.*, 771 F. Supp. 1033 Trade Cases (ND Cal. 1991) があり、それについての研究は、泉水文雄「特許権の抱き合わせにおける当然違法と市場力の推定」公正取引五〇五号 (一九九二年) 五九頁以下参照。
- (120) 本節の判例理論の款で触れた判例の他、*Dehydrating Process Co. v. A.O. Smith Corp.*, 292 F. 2d 653 (1st Cir. 1961), cert. denied, 368 U. S. 931 (1961) がある。従来より米国の抱き合わせに関する判例理論においては、以下のような例外の場合がある。①タイイング商品が新規の高度技術製品であって、品質維持のための部品などを抱き合わせるのが不可欠な場合、②商標の使用許諾を伴う時などで、ライセンスの名声 (goodwill) を維持するための抱き合わせが必要な場合、これらの場合には抱き合わせは許容される。
- (121) これには不必要な技術と技術サービス、原材料、設備、または製品の購入を含む (管理令九条一款)。
- (122) Jagdish Bhagwati and Hugh T. Patrick, (渡辺敏訳) 前掲本稿 (上) 注 (175) 八頁一二三頁、IBL 情報「米包括通商法の成立と知的所 有権の保護強化」国際商事法務一〇号 (一九八八年) 九三二頁以下、小尾敏夫「新通商法の脅威」(ダイヤモンド社、一九八九年) 一〇五頁以下参照。
- (123) *USM Corp. v. SPS Technologies, Inc.*, 694 F. 2d 505 (7th Cir. 1982). 本件はライセンスサーがライセンスシーに対し、ライセンスシーによるサブライセンスをする際の実施料収入の分配に関する制限条項の合法性を巡る係争である。結論的にいうと、控訴裁判所は、特許権者がその特許からの収益を最大化するために価格差別を利用することに対して反トラスト法上の規制は及ばないし、パテント・ミスユースにも該当しないと判示した。
- (124) 公正取引委員会編「技術取引と特許・ノウハウライセンス契約」同『経済構造の変化と産業組織』(大蔵省印刷局、一九九二年) 三一九頁以下参照。
- (125) 趙震江『科技法学』(北京大学出版社、一九九一年) 四七六頁以下、李保明「技術転讓の実質与引進方針」科学学与科学技术管理五号 (一九九四年) 五頁以下参照。
- (126) 学説は、同条第二項の沿革を探りながら、譲渡、許可、移転の意味の相違を明らかにすることに努め、特に特許ライセンス契約に基づく地域制限 (テリトリー拘束) の許容される範囲を定めようとする。この地域制限の適法性を中心とする対立的議論、すなわちバクスター (Baxter) 氏の合法説とマルキス (Marquis) 氏の違法説との詳細については、William F. Baxter, *Legal Restrictions on Exploitation of the Patent monopoly: An Economic Analysis*, 76 Yale Law Journal pp. 349-357. (1966); Harold Marquis, *Limitation on Patent License Restrictions: Some Observations*, 58 Iowa Law Review pp. 55-60. (1972). 参照。

(127) ただし、この輸出地域の制限は、ライセンスからの直接購買者への段階において許容されるのであって、直接購買者からの再販売についての輸出地域の制限は許されない。また、輸出地域の制限条項そのものを合法とした判例として、*Brownell v. Ketcham Wire&Manufacturing Co.*, 211 F. 2d 121 (9th Cir. 1954) がある(村上政博・前掲本稿(上)注(62)一一〇頁以下)。なお、米国特許法二六一条(Patent Code 261, 35 U.S.C. 261)は、前掲本稿(上)注(109)参照。

(128) *Barry E. Hawk* (松下満雄監訳)「第四章特許と独占禁止法」前掲本稿(上)注(101)一五〇頁。それによれば、国際的地域制限(米国外の制限)については、根拠とされる法理論において二つの重要な相違(国内地域制限との)がある。その一つは、国内の地域制限を正当化するものとして通常援用される特許法二六一条は米国外には適用されない。もう一つは、消尽理論は国外販売には適用されない。なお、*United States v. Westinghouse Electric Corp.*, 471 F. Supp. 532 (N.D. Cal. 1978) についてはの邦語による詳細な検討は、小原喜雄「合衆国対ウェスチングハウス、三菱電機及び三菱重工事件の第一審と控訴審との争点の対比」国際商事法務一〇号(一九八〇年)四七三頁—四八一頁、*United States v. Westinghouse Electric Corp.*, 648 F. 2d 642 (9th Cir. 1981) について邦語による簡単な紹介は、松下満雄「アメリカ独占禁止法」(東京大学出版会、一九八二年)三八五頁—三八八頁参照。

(129) 上杉秋則・前掲本稿(上)注(5)一八四頁。

(130) これは中国の管理令施行細則では明確に示されていないため、問題点として日本側の実務家に指摘されている。しかし、中国管理令五条から考えれば本文中のように理解すべきである。

(131) IBL情報「米反トラスト局長、議会で米独占禁止法の域外適用を選択的に実施する旨を証言」国際商事法務八号(一九九二年)一〇二六頁以下参照。それによると、「米国からの輸出を制限する反競争的行為を行う外国企業に対する米司法省による米反トラスト法の適用は、選択的に(selectively)、そして外国の反トラスト当局が、そのような米国からの輸出を制限する行為に対して、是正措置を講じえない場合にのみ」行われる。また *Jagdish Bhagwati and Hugh T. Patrick*, 渡辺敏訳・前掲本稿(上)注(175)八頁—一二頁なども参照。

(132) *Proposed Final Judgment, United States v. Pilkington plc*, No. 94-345 (D. Ariz. May 25, 1994), reprinted at 59 Fed. Reg. 30604 (1994). 本稿は、*Geoffrey D. Oliver and David G. Litt*, 松井豊訳「クリントン政権による米国反トラスト法の国際的執行」国際商事法務一〇号(一九九四年)一〇七三頁以下に参照した。

本件は、司法省が一九九二年に採用した米国独占禁止法の域外適用政策以後の最初の実施例であるとして注目されているが、本稿との関連から簡単に言えば、ライセンスサーである *Pilkington* (英国会社、世界的にも板ガラスの生産とそのための商業的なフロート技術の使用においては主導的な地位にあった会社) は、米国を含むその国らのライセンスシー(板ガラス・メーカー)に対し、その特許ならびにノウハウの非排他的ライセンス契約において、輸出地域の制限やサブライセンスの禁止、及び守秘ならびに非開示義務などの制限条項を課した、ということに関する係争事件である。

司法省が一九九四年五月二五日に、*Pilkington* に対する訴えを提起した旨の新聞発表を行った時点において、*Pilkington* の特許は失効しており、関連ノウハウの大部分は公有に属するものとなっていたが、地域ならびに輸出の制限、サブライセンスの禁止、及び守秘ならびに非開示

義務は、有効のままであった。しかし同日に、司法省はその和解判決案では上の契約における制限条項については次のように主張した。すなわち、Pilkingtonは「実質的価値」(substantial value)のある知的財産権を何等所有していないのであるから、当該制限条項は、いかなる正当な目的ないし取引にとつても、付随的でもなく、合理的に必要なものでもない。その結果司法省は、それらの制限条項はシャーマン法一条に違反する不当な取引制限である、と結論付けた。

(133) 上杉秋則・前掲本稿(上)注(5)一八四頁—一八五頁。

(134) この背景には、さらに特許実施料(royalty)を支払うことなどに使用する外貨を得るため、また国の産業技術と輸出貿易、さらに国際競争力とともに振興するため、という国家の「戦略的な意図」が存在している。「中国中外合弁企業の外貨収支均衡問題に関する國務院の規定」の第二条は、「中外合弁企業が生産する製品は、より多く輸出し、より多く外貨を獲得し、外貨の収支均衡を図らせるものとする」というように定めている。周子耶「論国際経済法和国際経済関係的新要素」中国国際経済法研究会編集『国際経済法專題論文集』(商務印刷、一九八四年)三二頁以下、朱学山「国際技術轉讓的国内立法」同論文集、一六五頁以下参照。

(135) 趙震江・前掲注(231)四七九頁参照。ただし、この点について、ある場合に限っては輸出地域の制限条項が白条項とされるべき、という相当柔軟な考え方もある。曹憲志・王德素『国際技術貿易実務』(法律出版社、一九八九年)一四頁—二〇頁、一三一頁—一三四頁、及び陳水元「限制性商業行為若干問題的探討」国際技術貿易研究二号(一九九一年)二頁以下参照。

(136) 村上政博・前掲本稿(上)注(62)二頁。

(137) このことは米国、日本、中国以外の国々の規制にも当てはまるものであると言える。例えば、輸出地域の制限条項に対する旧西ドイツ、ECの規制にも同じことが言える。泉水・前掲本稿(上)注(1)一四〇頁以下、篠田・前掲本稿(上)注(8)四〇四頁以下参照。これは、もとより、同じ法規範で異なる法機能を果たしたり、逆に、異なる法規範で同じ法機能が果たされることもあることから、もっと一般論論においても言える結論であろう。滝沢正「Comparative and Private International law, — Essays in Honor of John Henry Merryman on his seventieth Birthday—, edited by David S. Clark, Duncker & Humblot, Berlin, 1990. 著書の紹介」比較法研究五四号(一九九二年)一五六頁以下参照。

(138) 金井貴嗣「経済の国際化と市場の画定——反トラスト法における議論を素材として——」正田彬教授還暦記念論文集・前掲本稿(上)注(7)一六〇頁以下。

(139) 簡単な説明は、公正取引委員会事務局渉外室訳『競争政策と貿易政策』(大蔵省印刷局、一九八七年)一八四頁—一八八頁参照(これは、一九八八年に経済協力開発機構OECD事務局から出版されたCompetition and Trade Policies—Their Interaction—の邦訳である)。

(140) 具体的には、奥脇直也『「国際公益」概念の理論的検討』山本草二先生還暦記念論文集・前掲本稿(上)注(15)一七三頁—一九一頁参照。

(141) 平井宜雄『法政策学』(有斐閣、一九八七年)二二頁。

(142) 高木武・前掲本稿(上)注(83)一二頁。

(143) E. Anthony Zaloom (編集部訳)「技術ライセンス契約に対する米国反トラスト法の影響」国際商事法務三号(一九七八年)九三頁以下及

びIBL情報「米司法省、反トラスト法域外適用拡大方針を発表、即日実施」国際商事法務五号（一九九二年）六一三頁参照。

(14) 稗貫俊文・前掲注(23)一一四頁。

(15) 藤井美文・菊池純一・前掲本稿(上)注(54)二四頁参照。

(16) 舟田正之「電気通信事業における公共性と競争秩序——国際通信を素材として」経済法学会年報第七号（一九八六年）三八頁以下（舟田正之「情報通信と法制度」(有斐閣、一九九五年)一五二以下収録)一六六頁参照。これは同氏による現代的情報通信の進展をめぐる法制度の構築についての見解であるが、本稿の課題に対しても同じことを言えるであろうと思われる。

(17) より一般論的に、法解釈学と法政策学との基本的な関係やそれらの差異については、平井宜雄・前掲注(14)一八頁—一九頁参照。

(18) このため、一般に経済法の規範は従って、ある程度曖昧で不明確な内容と性質を帯びる。それ故、厳格な法の適用を旨とする国際裁判による解決を利用するのは容易でない。また、経済は人間の社会生活とともに始まったが、国際経済法自身は近來になって形成されてきているものであり、まさに発展途上にある。

(19) 篠原梓・前掲本稿(上)注(14)一二七頁—一二九頁、一三五頁参照。

(20) 勿論途上国は、すべての国際法規則を完全に否定しているのではなく、伝統的な国際法が妥当する部門もあることを承認しており、そこでは従来の紛争解決手続きが充分有効に機能し得ることは言うまでもない。

(21) このため解決を国際機構内部の手続きによったり、国際機構の設置する紛争解決機関によることが少なくない。

(22) この点に関しては、吾郷真一「南北経済紛争回避のための法的枠組」国際法外交雑誌二号（一九八五年）五七頁以下参照。

(23) 平井宜雄・前掲注(14)一九頁。

(24) 桜井雅夫「『国際経済法研究』の方法」安田信之編『第三世界開発法学入門』（アジア経済出版会、一九九二年）二三八頁。また、同氏の国際経済法は国際公法に属される一であるとの考え方や国際経済法は国際法と国内法の二領域を総合的に対象とするとの考え方などは、故金沢良雄氏等の従来の見解に共通・支持しているものであると考えられよう（金沢良雄「国際経済に関する一考察（一）」法学協会雑誌三号（一九五五年）二三九頁、二四三頁参照）。

(25) 桜井雅夫氏の具体的論述については、同『国際投資法』（有信堂高文社、一九八八年）四頁—一四頁、同『国際経済法律研究』の方法「前掲注(15)二三三頁以下参照」。

(26) 日本において、現代的技術革新によってもたらされた「従来にはありえなかった様々な新たな問題の解明とそれへの対策が求められている」（安藤哲生『新興工業国と国際技術移転』（三嶺書房、一九九一年第二刷）はしがき、藤井美文・菊池純一・前掲本稿(上)注(54)二五頁以下参照）中で、法的観点から国際的技術移転に関する問題を検討するものが極めて少ないことに比べ、経済学的観点からそれを検討するものが多い（この一九七〇年から一九八七年までの間の一五〇に近い数の発表された研究成果については、安藤哲生『新興工業国と国際技術移転』二〇一頁—二二頁の技術移転文献リスト、及び本稿で特に引用された関係文献参照）。経済学の成果をただちにそのまま法学が受け入れられることができない（金沢良雄・前掲注(15)二三三頁以下参照）ことから、学際的に、これを如何に法学的観点からの検討に関連的に「配

慮」し、法解釈論や法政策論などの理論的根拠となりうるものを利用していくべきだが、本稿でも述べたように長期的な課題の一つとなろう。

(157) 桜井雅夫・前掲注(154) 二三八頁。川井克委氏も従来、「歴史性を踏まえた上で現実的な利害関係を調整すべき」と指摘している（川井克委「技術移転コード・オブ・コンダクトについて(1)」国際商事法務第六巻（一九七八年）六四頁以下）。また同氏は、途上国の発言権は次第に強まっていくことは一つの歴史的必然であり、現代史の流れであるとも言えなくはない。南北問題をこのような歴史の流れの中で捉え、これに対応していくという姿勢もまた国際的技術ライセンス規制の問題を考えるにあたって忘れられない点である、と指摘している。

(158) 桜井雅夫・前掲注(154) 二三六頁―二三九頁。また、法分科論に関連する類似する観点を示している議論として、舟田正之「情報通信と法制度」（有斐閣、一九九五年）一〇頁―一二頁も参照。

(159) 安田信之「序章開発法学の課題」安田信之編『第三世界開発法学入門』（アジア経済出版会、一九九二年）五頁、安田信之「第三世界開発法学覚書」国際開発研究フォーラム一号（一九九四年）二四〇頁―二四四頁。

(160) 桜井雅夫・前掲注(154) 二三八頁。

(161) 岩崎晃「経済構造の変化と産業組織」小西唯雄「産業組織論の展開」（名古屋大学出版社、一九九〇年）八頁以下。また、産業組織に影響するような経済構造の多面的変化については、公正取引委員会事務局編『経済構造の変化と産業組織』（大蔵省印刷局、一九九一年）三七頁以下参照。

(162) 詳細は、藤井美文・菊池純一・前掲本稿（上）注(54) 一二頁以下参照。

(163) 今日において、世界は第三次産業革命といわれる、これまでの産業革命とは著しく異なった局面に遭遇している。すなわち、「電流による機械の動きを利用」するもの（機械化）から、「電子の動きによる機能を活用」する新たな技術的原理に基づく電子的産業（自動化・情報化）へと変革しつつある。技術革新論の具体的な展開をめぐることは、経済学者や技術学者による様々な見解がなされているが（概観的文献の一例として、森野勝好「現代の『技術革新』と経済学の課題」向寿一・中西一正『現代日本の技術と経済』（同文館、一九九三年）三頁―一二頁参照）、現代的技术革新は、労働手段と労働手段の生産そのもののさえ自動化する可能性を作りだしたことによって、産業構造の変化、ひいては情報化社会をもたらしたことに異論がないのである（公正取引委員会事務局編・前掲注(161) 一一頁―一七頁、七九頁―一一〇頁）。

(164) 公正取引委員会事務局編・前掲注(161) 一七頁。

(165) 斎藤優「技術移転の国際政治経済学」（東洋経済新報社、一九八六年）一八一頁。

(166) 佐貫利雄「日本の産業改革——二〇〇〇年への展望」エコノミスト（臨時増刊、一九八八年）一一〇頁。

(167) 海外直接投資は、四つの海外投資の形態の一つである。ほかの三つは①対外証券投資、②金融機関による対外貸付、③公的部門による対外的な資金移動、という形態である。詳細については、桜井真「日本の海外直接投資について」ファイナンス三三（一九九〇年）四頁以下参照。また、通産省産業政策局国際企業課「第二一回我が国企業の海外事業活動」（一九九二年）の資料をもとに、経済学的に、日本企業の海外直接投資の動向を分析している文献として、向寿一「日本経済のグローバリゼーション」向寿一・中西一正『現代日本の技術と経済』前掲注(163) 二〇六頁以下参照。

日本は、一九七〇年代の始めに至るまで、海外直接投資が、年間一〇億ドルを超えることはなかったが、一九八九年の実績は六〇〇億ドル以上を超え、しかも、それは海外投資の五割にまで増大してきた。製造業のみでみても、一九九一年度末には八八四億ドルにまで飛躍的に増大し、またこれに伴い、日本の製造業分野におき、海外生産比率（海外生産高／国内生産高）は一〇％に近づいてきている。その中でも、エレクトロニクス・電気関係では、各企業とも積極的な海外展開を図っており、一九九〇年代中頃には海外生産比率を5割にまで引き上げるような計画も出ている。

(168) 桜井真・前掲注(167) 八頁以下。

(169) 大森陽一・前掲本稿(上)注(173) 三頁、四七頁参照。特に米国では、このような考え方が強いようである（日本経済新聞社一九九二年三月二八日付朝刊参照）。

(170) 大矢木夫「技術」の経営資源化」特許管理四号（一九八七年）四二〇頁以下参照。

(171) 斉藤優「技術移転の国際政治経済学」（東洋経済新報社、一九八六年）一六三頁以下。また関連的に、日本では極めて少ないと言われる技術経営論（Strategic Management of Technology and Innovation）の視角からの検討も示唆的である。この点について、山之内照夫「新・技術経営論」（日本経済新聞社、一九九二年）九九頁以下参照。

(172) 林倬史「多国籍企業と知的所有権——特許と技術支配の経済学」（森山書店、一九九一年）一頁、二頁、四二頁参照。

(173) 岩崎晃・前掲注(161) 三〇頁、桜井真・前掲注(167) 一〇頁。

(174) この点に関し、土井俊一「知的所有権をめぐる動向——新たな国際秩序の構築に向けて」発明八号（一九八八年）一〇二頁も参照。

(175) 加古進「電気情報通信における特許法」電子情報通信学会誌一号（一九八九年）も参照。

(176) 舟田正之・本間重紀「技術・情報による企業結合と競争秩序」日本法社会学会三九号（一九八七年）一四九頁。

(177) 岩崎晃・前掲注(161) 二〇頁以下参照。このように経済社会が、グローバル化されつつある主な起因としては、①第三次産業革命と言われる、情報革命に基づいた通信手段が長足の進歩を遂げたこと、②海外直接投資により、国際的多国籍企業または国際的合併企業などがふえつつあること、③資本と技術の国際的援助が活発になりつつあること、④国際的分業体制の推進がもたらす国際貿易がより多様化しつつあることなどが挙げられる。

(178) 向寿一・中西一正・前掲注(163) 二〇五頁以下。

(179) 桜井真・前掲注(167) 五頁参照。

(180) これを詳論しているものは多くあるが、ここでは、特に以下の文献を例として挙げておくことにする。Jan Tinbergen, Reshaping the International Order, (茅陽一・大西晃訳)『国際秩序の再編成』（ダイヤモンド社、一九七七年）九頁以下、山影進「相互依存深化の中の国際摩擦と国際秩序」同『対立と共存の国際理論』（東京大学出版会、一九九四年）一四四頁以下。

(181) 天谷直弘「新世紀への選択——日本の視点・世界の視点」日本経済新聞一九九一年一月二〇日。

(182) 北川善太郎・前掲本稿(上)注(43) 一二二頁。

- (183) これに関しては、村上政博・前掲本稿（上）注（62）一九六頁も参照。
- (184) 小原喜雄・前掲本稿（上）注（11）五九三頁以下、また Michael Blakeney, *LEGAL ASPECTS OF TECHNOLOGY TO DEVELOPING COUNTRIES*, ESCR Publishing Ltd, Oxford 1989, p. 90. 参照。
- (185) これは古典派の経済学者たちには想像もできなかったことである、と指摘されている。また、経済発展の中での技術革新による比重は、米国では一九四九年までは九割近くであったという「大変衝撃」的な説明があり、日本でも一九八二年頃までには七割程度であった、と言われる程極めて高いのである（詳細は、大塚勝夫『経済発展と技術選択』（文真堂、一九九〇年）八頁以下参照）。
- (186) 篠原梓・前掲本稿（上）注（14）一二七頁参照。
- (187) Georg Erlar（佐藤和男訳）『国際経済法の基本問題』（嵯峨野書院、一九八九年）一五頁。
- (188) ここでいう「規制」とは、「技術移転ルールの設定」という意味でのことであるので、舟田正之氏に指摘されている「第三の意味での規制」にあたるものではないかと考えている。三つの意味での規制については、Masayuki Funada, *Basic Service vs. Value Added Service in The Field of the Telecommunication in Japan*, 立教法学三八号（一九九四年）一二四頁、一三七頁参照。
- (189) 山影進・前掲注（180）一四四頁以下。
- (190) 北川善太郎・前掲本稿（上）注（43）一一七頁以下。また、少数派の考え方として、途上国であった新興工業国でも静態的な技術従属論を問い直そうとしている（韓国）学者もあれば（例えば、金永鎬「周辺部の技術二重キャップと技術追跡経路（一）」季刊経済研究（一九八六年）一号、四号参照）、先進国でも技術従属論に立つ途上国側の主張を支持している（日本）学者もある（例えば、長尾真文「技術移転と南北協力」斉藤優編『南北問題——開発と平和の政治経済学』（有斐閣、一九八二年）一九九頁以下、田口陽一「技術移転——経済開発の阻害要因」竜谷大学経済経営論集三号（一九八一年）二二頁以下参照）。なお、一九八三年にまでUNCTADでの国際的技術ライセンス規制の具体的な南北対立点についての紹介は、松山隆英・前掲注（11）七七頁—八七頁参照。
- (191) 松山隆英・前掲本稿（上）注（11）八二頁、北川善太郎・前掲本稿（上）注（43）一〇七頁—一二二頁。
- (192) 松山隆英・前掲本稿（上）注（11）八三頁、北川善太郎・前掲本稿（上）注（43）一〇七頁—一二二頁。
- (193) この点については、本稿の課題との関連から概観できる文献の例として、紋谷暢男「国際的技術移転と特許法」経済法学会年報第五号（一九八四年）三三頁—四七頁、同「高度先端技術に関する知的財産権法の対応」経済法学会年報第八号（一九八七年）一三八頁—一四七頁など参照。ただし、「国際的技術移転と特許法」で紹介された中国特許法のある内容は、一九九二年九月四日に同法の改正が成立されたことにより、さらに国際的保護レベルに接近してきた。この詳細は、段承恩「中国特許法の改正についての解説」パテント一一号（一九九二年）四八頁—五七頁参照。これに関して日本側の反応は、日本発明協会国際委員会第一小委員会「中華人民共和国改正特許法及び実施細則について」特許管理八号（一九九三年）一〇一五頁—一〇二二頁参照。
- (194) 最も最近の例としては中米間の知的財産権の保護をめぐる交渉である。昨年の末にはその交渉が決裂し、相互に経済制裁の措置をとったが、その制裁発効期限の一九九五年二月二六日深夜、中米双方はついに妥協しあった合意文書に調印した（日本経済新聞一九九五年二月二七日

付朝刊参照)。これによって、中米間の「貿易戦争」はついに土壇で回避されたとは言え、再び問題が再燃する恐れがないとは言いきれない(この件については、今後の中米間又は中日間では、今日でも日米間での激しく展開されている知的財産権戦争、ひいては技術戦争(the technology war)、さらに、その根底にある要因の一つである広範な法制度・法文化の摩擦を、できる限り避けていくようにするためには、それぞれの国において多くの法的課題を検討して多層的な法的対策を構築しなければならない、というように、私が考え続けてきていることに関連して、別稿で論じたいので本稿ではそれに立ちはいらないことにする)。

(195) 江上能義「テクノロジカル・システム——J・エリүүлをめぐって」同『テクノロジーと現代政治』(学陽書房、一九八九年)一四三頁以下参照。そこで、「技術的自立化こそ南北問題の中心である」とH.W. Singer氏によって指摘されている。

(196) 小林昭寛「新国際化時代を迎えた工業所有権制度」特許研究五号(一九八八年)五〇頁、北川善太郎・前掲本稿(上)注(43)一一三頁以下、木棚照一・後掲(199)二三頁。

(197) これは、一九七四年四月、また一二月の国連特別総会で、「新国際経済秩序樹立に関する宣言」、「国家間の経済的権利義務憲章」(エチエベリア憲章とも言う)が採択されたことによって提唱されたものである。これらは「現代の国際関係を方向づける上で次第に重要な意味を持つてきていることは否定できない」と指摘されている(村瀬信也「新国際経済秩序と国際立法過程」ジュリスト七三一号(一九八一年)二四五頁)。また、これは、次のような背景によるものである。周知のように、第二次世界大戦後の国際経済組織である「IMF・GATT体制」(International Monetary Fund 国際通貨基金)の中心目標は、「自由、無差別、多角主義」、即ち自由開放的多角的国際経済構造を確立・維持することにある。

ところが、「第二次大戦後の世界史における最も支配的な潮流の一つに属している」といわれた南北問題、が国際社会の主要問題に上がってくるにつれて、既存の国際経済機構がその問題の解決に果たせないと指摘されたため、UNCTADというもう一つの国際機構が誕生した。しかし、最初から米国をはじめとする先進国の反対もあって、UNCTADは実効的には「制約性の弱いものである」と言わざるをえない。そこで新国際経済秩序樹立に関する宣言などが採択されたのである。川田悦「南北問題」(東京大学出版会、一九七七年)二頁以下、菰田文男「国際技術移転の理論」(有斐閣、一九八七年)三頁以下、及び山本草二「国際経済法における相互主義の変化」横田喜三郎先生鳩寿祝賀「国際関係法の課題」(有斐閣、一九八八年)二四七頁以下参照。

(198) なお、知的財産権制度と技術移転をそれぞれの軸とする、南北間の対立の座標は二十年前に比較し、確実に変化していること、また両者は、地球環境という連結項を通じて、国際的知的財産権保護の枠組の中で、どのように技術移転を進めるかという共通の土俵に上がっていること、との指摘(土肥一史「知的財産権をめぐる先進国と途上国」国際問題(一九九二年)三八頁―四一頁)には興味深い。

(199) GATT体制の改革成果である、新たな正式な国際経済機関、すなわち世界貿易機関(WTO)が今年一月一日に誕生した(GATT体制を改革する必要性については、次のGATTについての世界的権威であると言われるJohn H. Jackson氏による論述を参照。即ち、John H. Jackson, Restructuring the GATT System, Chatham House Papers, Pinter Publishers, London, 1990. 松下満雄監訳『世界貿易機構/ガット体制を再構築する』(東洋経済、一九九〇年)一七頁以下)。現在、当該機関の具体的な展開などは待たれているところであるが、本稿の課題と

の関連から言えば、以前のGATTと違って、WTOの設立協定によれば、それは新たにサービス貿易や知的財産権など、これまで「正式」に含まれていなかった幅広い分野をも活動の対象とすることとなった（高瀬保・高木善幸「知的所有権の交渉」高瀬保編著『ガットとウルグアイ・ラウンド』（東洋経済新報社、一九九四年四刷）一五三頁—一八五頁、日本経済新聞一九九五年一月三日—一九日（基礎コース・全一五回）の連載を参照）。

また、知的財産権の保護問題が「非正式」にGATTの場に持ち込まれたことに関連して、GATTとWIPOとの原則や組織などを対比して示唆的有益な検討が行われたものとして、木棚照一「国際取引の側面から見た知的所有権の国際的保護について」特許研究六号（一九八八年）一六頁以下参照。

(200) 滝崎成樹「世界貿易機関を設立するマラケシュ協定」法令解説資料（一九九五年）一六六号三一頁、また三三頁、五三頁—五五頁も参照。

(201) 関連的に、同協定の前文、第八条、第四〇条第一項、三項、第四一条第一項、二項なども参照するのが本文中に述べた第八条、第四〇条第二項の趣意を把握するのに有益であると思われる。

(202) これは、同一対象でも各国毎に知的財産権として必ず同時に複数的に成立することになるとは限らないし（最近の一例として、「三洋、IDCとライセンス契約・日本での特許成立見越す」日本経済新聞一九九五年二月七日付朝刊参照）、また、同一対象につき各国毎に複数成立した知的財産権でも相互に独立の権利として無関係に併存している、ということに必要とされるものであるように思われる（拙稿「特許権の行使と公正な取引方法——特許ライセンス規制を素材として——」法学研究（一九九四年）六一頁も参照）。

(203) この「公正かつ妥当な条件」（fair and reasonable terms and conditions）という文言は、UNCTADの場で準備されてきた国際的技術移転に関する行動基準の草案（例えば、Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology, TD/CODE TOT/41, 1. Dec. 1983）、国連海洋法条約第二六六条第一項、及び深海底開発に関する同条約の他の規定にも用いられており、これについて簡単な考察は、吉井淳「新海洋法秩序における技術移転」安藤勝美編『発展途上国と国際法制度の変革』（アジア経済研究所、一九八六年）一二六頁—一三〇頁参照。

(204) この点についての議論は周知のように非常に多くあるが、具体的な数字を挙げながら詳述している文献の一例として、新野幸之郎ほか『現代経済の常識新版』（有斐閣、一九八九年）六頁—七頁、九二頁—九六頁、一一二頁—一二三頁、一二三八頁—一二四〇頁参照。

(205) この点については、黒子孟夫「技術をめぐる南北間の諸問題」国際問題二七四号（一九八三年）三五頁—三六頁、松山隆英・前掲本稿（上）注（11）九二頁、北川善太郎・前掲本稿（上）注（43）九八頁、後掲注（207）（第八条）参照。また、南北対立の解消への対策構築において、北川善太郎氏によって提起されている「社会領域論」の機能的視点も示唆的である（北川善太郎・同一一七頁以下参照）。

(206) 松山隆英・前掲本稿（上）注（11）八〇頁—八一頁。

(207) 第八条は、加盟国は、権利者による知的財産権の濫用の防止または貿易を不当に制限もしくは技術の国際的移転に悪影響を及ぼす慣行の利用の防止（prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology）のために必要とされる適当な措置を、これらの措置がこの協定に適合する限り

において、とることができると同協定の原則を規定した。

(208) 舟田正之「『公正な競争』の規範的意義」(下) 公正取引四二四号(一九八六年)四〇頁。

(209) 開発の国際法は、「経済発展の格差という発展の不平等のは正を目的とした、開発に関する国際法の諸領域を対象とする国際法学の一分野である」として、一九六〇年代仏国の国際法学者によって提唱されたものである。しかし、発展途上国の間で、「卒業」の段階にあるものから後発展途上国(LLDC, least less developed countries)として絶対的貧困の中で生活している国まで、発展段階の多様化が一層進み、開発の国際法がそれぞれのニーズに合った多重性に対応しきれないこともあって、今日では、開発の国際法そのものの議論が後退した、と言われている(小林昌之「開発の国際法」安田信之編『第三世界開発法入門』(アジア経済研究所、一九九二年)二七〇頁以下)。開発の国際法の概念、基本原則、主体、法源、及びそれに対する批判などの詳細に関しては、Schacher, Oscar, The evolving international law of development, Columbia journal of transnational law, Vol. 15, No. 1, p. 6ff. (1976) 吾郷真一・前掲注(15)三〇頁以下、位田隆一「開発の国際法」理論——フランス国際法学の一端」日仏法学一六号(一九八九年)及び西海真樹「開発の国際法」論争——南北経済関係における国際法の役割とその限界」熊本大学法学会『法学と政治学の諸相』(成文堂、一九九〇年)一四七頁以下参照。

(210) 詳述は山本草二「海外企業活動をめぐる紛争の法構造」国際問題(一九八〇年)二四〇号九頁——一頁参照。同氏は、今日において、先進諸国も「新国際経済秩序樹立に関する宣言」などの趣旨を、実際の国際経済関係において実現して行かざるを得ない状況になっており、無差別適用、市場経済原理などを中心とした伝統的な国際経済秩序に固執してばかりおれなく、これを「補完する秩序」の成立を必要とするという状況にある、と指摘している。

(211) これは、「法とは一つの社会的過程である。」(これを論じている一例として、J.E.S. Fawcett and Audrey Parry, Law and International Resource Conflicts, 柴田卓弘・安藤勝美・落合淳隆共訳『国際経済紛争と法』(学陽書房、一九八四年)二七頁、二九頁、二六六頁)という見解を支持し、それに基づく筆者の考えである。

(212) この詳細については、本幡昭七「一九九〇年代におけるわが国ODAの課題」外交フォーラム四号(一九九〇年)二四頁以下参照。

(213) 猪瀬博「私の科学技術観・世界変える原動力」日本経済新聞、一九九二年一月二五日付朝刊。

(214) これは、技術習熟の進展による技術の習熟効果は、ここで三つの効果、即ち、①国内技術者による外国技術者の代替、外国製輸入部品の内生産の代替などの「代替効果(Substitutional Effect)」②技術習熟が新技術の導入を促し、新技術の導入が新しい習熟を促すという「補完効果(Complemental Effect)」③先進国の注文生産などを行う過程で、新技術、新情報、新ノウハウが教えられるという「共生効果(Symbiotic Effect)」がもたらされること(詳細は、金永鎬「周辺部の技術二重キャップと技術追跡経路」前掲注(190)参照)を前提にしている。

(215) これに関しては、①「使わざれば技術の持ち腐れ」と言われるように、まさに技術の開発と利用は「技術進歩の両輪」と言える(鳥井弘之「使わざれば技術の持ち腐れ」日本経済新聞一九九〇年三月二五日)②途上国への技術移転は、受け入れ側の実態を配慮した上で、「適正技術」を移転された場合が多くなっているのである。それは、事実的に、日本の企業にとって、そもそも「衰退期の技術」(これは、先進国では漸次

生産の頭打ちが始まり、特殊な限定された立地条件のところなどで、細細と生産が続けられていくという特徴がある。）の寿命を延長していると言える、といった点から理解できるからである（技術のライフ・サイクルについて、①懐胎期、②誕生期、③成長期、④蘭熟期、⑤衰退期というように分けられている。詳細は黒岩俊朗『現代技術史論』（東洋経済新報社、一九八六年）二二六頁以下参照）。

(216) 山本草二「一方的国内措置の国際法の形成機能」上智法学論集二・三号（一九九〇年）四九頁。またこれと同時に、同氏に指摘されているように、「二方的国内措置の問題点」（同論文七頁一八一頁）をも見落としてはならない、と考える必要もある。

(217) 日本はUNCTADの場で既にそのような役割を果たしてきたようであり（松山隆英・前掲本稿（上）注（11）九一頁）、これを大きく評価すべきであろう。

(218) 村瀬信也「国際法研究におけるあらたな方法論の模索——国際社会における『法と経済』についての覚え書——」ジュリスト六八一号（一九七九年）一七四頁。

(219) 吉井淳・前掲本稿（上）注（21）三〇九頁。ただし、吉井論文は「国際公益」の認定基準として管轄権設定の構造のみに依拠したために、袋小路に入り込んだという印象をうける、と松井芳郎氏による批判的評述もある（松井芳郎（紹介）「広部和也・田中忠編集代表『山本草二先生還暦記念・国際法と国内法——国際公益の展開——』（頸草書房、一九九一年）「国際法外交雑誌六号（一九九二年）一〇四頁）。

(220) 河西直也・前掲本稿（上）注（14）一〇〇頁以下、奥脇直也「『国際公益』概念の理論的検討」山本草二先生還暦記念論文集・前掲本稿（上）注（15）二二七頁。

(221) Daniel J. Boorstin, THE AMERICAN FUTURE, (The Fourth Kingdom and the Limits of Prophecy). 伊藤俊太郎訳『技術社会の未来』（サイマル出版会、一九八七年）七八頁以下、また中山信弘・村上政博・内田盛也・前掲本稿（上）注（18）三九頁。

(222) 児玉晴男『ハイパーメディアと知的所有権』（信山社出版プロモーション、一九九三年）八五頁。

(223) 奥脇直也・前掲注（220）二二七頁。

(224) 高木武・前掲本稿（上）注（83）一六頁。

(225) 例えば、小原喜雄氏に指摘されているように、国際的技術ライセンスを含む国際的技術移転に対する法規制は、世界各国において、①外資法・技術移転法、②競争法（独占禁止法）、及び③特許法、に大別ができ、それらはそれぞれ保護法益を異にしつつも、国際的技術移転を円滑化するため、（ともに、知的財産権の）権利の濫用を規制している、という具体的な法規制（の原理・方法）が異なってもその規制の対象・効果は類似となる場合もある。

(226) 平井宜雄・前掲注（141）二一五頁。この代替案と実定法体系との接合は、同氏に構築された「法的意思決定の過程」モデルの中で、第三段階である「行動計画段階」に属す第一の行動である（第二の行動は解決案の実施）。また同モデルの中で、第一段階である「問題形成段階」は順に、問題の探索、問題の確認、問題の分析、及び問題の定式化を含み、第二段階である「対策立案段階」は順に、代替案の探索、各代替案から生じる事態の予測、代替案の評価、代替案の選択を含む、と同氏が説明している（詳細は、平井宜雄・前掲注（141）二〇五頁—二一六頁）。